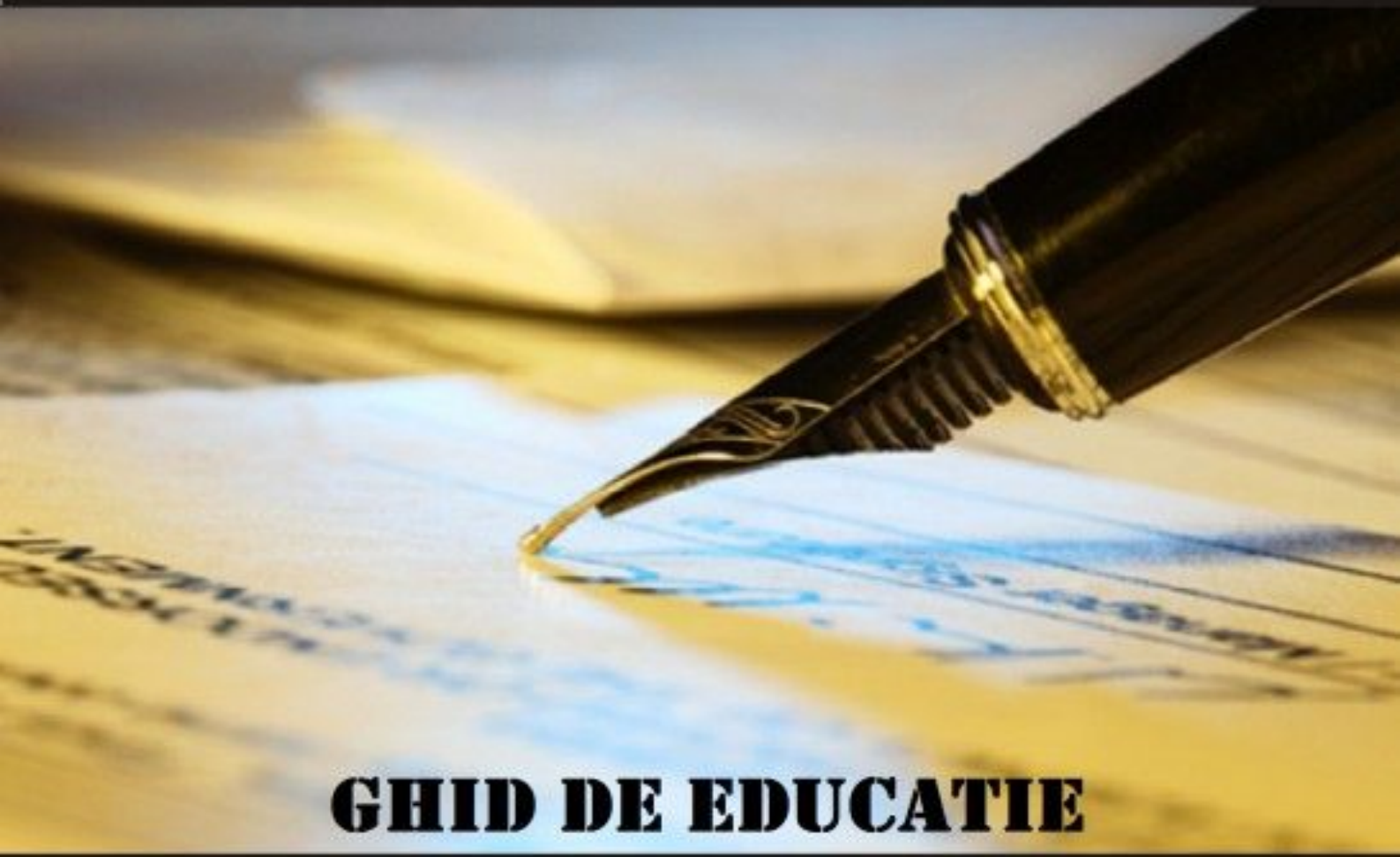
VASILE PATULEA



GHID DE EDUCATIE JURIDICA A CETATENILOR

GHID DE EDUCAŢIE JURIDICĂ A CETĂŢENILOR

Vasile Patulea

~~**~~

Editie publicata la Editura Digitala

Toate drepturile asupra editiei digitale a acestei carti sunt rezervate Editura Digitala. Nici o parte din aceasta carte nu poate fi reprodusa sub nici o forma sau metoda fara acordul scris al autorului.

Aveti drepturi de utiliza acesta carte doar pentru propria persoana. Aceasta carte digitala nu poate fi revânduta sau data catre alte persoane. Daca doriti sa impartiti aceasta carte cu o alta persoana, va rugam sa achizitionati inca o copie pentru fiecare cititor. Daca citeşti această carte si nu ai achizitionat-o, te rugam sa accesezi magazinul preferat de carti digitale si sa-ti cumperi propria copie.

~~**~

GHID DE EDUCAŢIE JURIDICĂ A CETĂŢENILOR

PARTEA I

Cuprins

Prefață

Capitolul I: Viața în societate pe înțelesul și în folosul tuturor

Ansamblurile organizaţionale profesionale

Ordinea juridică

Ordinea publică

Capitolul II: Noțiunea de „Stat” pe înțelesul tuturor

Statul ca principiu de ordine şi coerenţă pe care se bazează însăşi societatea

Statul ca „sferă publică” (spaţiu social cu întindere variabilă)

Statul ca mod de organizare politică

Capitolul III: Organizarea autorităților publice. Funcționarea și funcțiile acestora

Guvernarea parlamentară

Regimul convenţional (guvernare a Adunării generale)

Regimul prezidenţial

Structura „autorităţilor publice” (Parlamentul, Preşedintele, Guvernul,

Administraţia publică, Autoritatea Judecătorească)

Funcţiile şi funcţionalitatea autorităţilor publice

Capitolul IV: Dreptul și statul de drept

Cadrul de desfăşurare a activităţilor umane

Normele juridice

Ordinea ca valoarea politică

Capitolul V: Dreptul și politica

Capitolul VI: Dreptul și economia

Capitolul VII: Dreptul la libertate și siguranță

Capitolul VIII: Drepturile și libertățile fundamentale ale omului

Capitolul IX: Dreptul la viață și la integritatea fizică și psihică

Dreptul la viaţă, atribut suprem al fiinţei umane

Legiferarea dreptului la viaţă

Capitolul X: Dreptul la viața intimă, familială și privată

Capitolul XI: Drepturile vieţii familiale. Logodna şi Căsătoria

A. Logodna

B. Căsătoria

– Încheierea căsătoriei

– Drepturile şi îndatoririle soţilor

– Regimurile matrimoniale

a) Regimul comunităţii legale

b) Regimul separaţiei de bunuri

c) Regimul comunităţii convenţionale

– Desfacerea căsătoriei prin divorţ

a) Divorţul prin acordul soţilor pe cale administrativă

b) Divorţul prin acordul soţilor prin procedură notarială

c) Divorţul pe cale judiciară

– Raporturile nepatrimoniale dintre soţi (numele purtat în timpul căsătoriei)

– Raporturile patrimoniale dintre soţi

Prefaţă

1. Într-o societate civilizată şi democratică este mai mult decât necesar ca cetăţenii să-şi cunoască atât drepturile, cât şi îndatoririle în calitate de membrii ai acesteia. Or, pentru aceasta sunt indispensabile o educaţie, instruire şi cultură juridică pentru că în zilele noastre „trăim din ce în ce mai mult sub imperiul dreptului". Instruirea şi educarea juridică a cetăţenilor a devenit un imperativ al contemporaneităţii pentru ca aceştia să fie în măsură nu numai să-şi cunoască şi apăra drepturile şi respecta îndatoririle ce le revin, dar şi pentru dobândirea capacităţii de a participa activ şi creator la procesele decizionale în toate domeniile de activitate şi la toate nivelurile organizaţionale. Într-adevăr, într-o societate evoluată (dezvoltată) participarea cetăţenilor la activitatea economică, socială, culturală, politică şi juridică a devenit o exigenţă vitală, fiind deci necesară şi implicarea celor cărora ce le sunt destinate politicile economice şi sociale şi normele juridice aferente, aceasta fiind o cerinţă a „democraţiei participative" care va înlocui treptat (progresiv) „democraţia reprezentativă" de astăzi sau se vor exercita În mod concomitent.

Acesta este un proces ca va implica un efort considerabil şi susţinut de instruire şi educare politică, socială şi juridică a cetăţenilor. El nu va fi uşor şi nici spontan, ci unul de durată, etapizat în decursul căruia vor fi dobândite cunoştinţe aprofundate în domenii cum sunt: protecţia mediului înconjurător, protecţia consumatorilor, relaţiile de muncă, raporturile de drept civil şi altele, inclusiv normele juridice prin care sunt trasate graniţele în limita cărora acestea trebuie să se desfăşoare.

Indivizii din cadrul societăţii trebuie să cunoască cum este organizată societatea şi cum funcţionează aceasta şi să contribuie la procesul de dezvoltare şi optimizare a acţiunilor ce se desfăşoară în toate domeniile de activitate, iar pentru aceasta ei trebuie să aibă acces la informaţiile necesare desfăşurării acestor activităţi, informaţii ce pot fi dobândite treptat, în cadrul unor acţiuni ample de instruire şi educare a cetăţenilor pe cele trei trepte esenţiale: politică, socială şi juridică.

Desigur că activitatea de instruire şi educare cetăţenească nu are o finalitate exclusivistă, nu va fi un panaceu universal şi nu va duce la înlocuirea specialiştilor profesionişti, dar aceasta nu va Însemna nicidecum că obiectul urmărit ar fi lipsit de amploare şi importanţă pentru că va constitui un fundament puternic care va permite realizarea unei construcţii politico-sociale-juridice la dimensiuni nemaiîntâlnite în trecut.

Cultura politică, socială şi juridică a cetăţenilor, instruirea şi educarea lor în această direcţie credem că îşi va aduce o contribuţie majoră la realizarea pe deplin a „statului de drept” care este, în linii generale, o normă de conduită reglatoare a vieţii politice şi sociale.

2. Lucrarea pe care ne propunem să o realizăm cu privire la această temă va fi structurată în două părţi: una consacrată noţiunilor şi instituţiilor de cultură generală politică, socială şi juridică cum sunt: societatea, statul, dreptul şi drepturile şi libertăţile fundamentale ale cetăţenilor, şi o a doua consacrată modalităţilor concrete de exercitare a drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale omului.

1. Orice colectivitate este compusă din individualităţi. Din această constatare decurge o consecinţă logică: este dificil să se reglementeze raporturile dintre indivizi de aşa manieră încât să se asigure acestora o libertate care să reprezinte

absenţa impedimentelor în calea împlinirii tuturor aspiraţiilor umane. În societate libertatea individuală nu poate fi nemărginită. Referindu-ne la libertate într-o societate reglementată prin norme de drept, Locke aprecia că „Scopul legii nu este acela de a restrânge, ci de a prezerva şi spori libertatea”.

În consecinţă, formele pe care le-a îmbrăcat „concepţia despre libertate” sunt diverse: *libertatea politică,* care este dreptul fiecărui cetăţean de a participa la alegeri şi de a-i desemna pe cei care vor guverna, precum şi dreptul de a candida la diferite funcţii publice (deputat, primar etc.); *libertatea individuală,* care este expresia, în viaţa cotidiană, a independenţei fiecăruia - în cadrul conferit de lege faţă de organele puterii (libera circulaţie, libertatea de gândire, libertatea persoanei, libertatea economică, libertatea de a încheia contracte, libertatea de expresie etc.); *libertatea colectivă* (libertatea de a se asocia, libertatea de sindicalizare pentru apărarea intereselor comune).

Din aceleaşi necesităţi a luat naştere şi ,.dreptul la securitate”. Libertăţile sus-menţionate nu sunt, automat, la adăpost de atingeri sau abuzuri. De aceea, ele trebuie să facă obiectul unor măsuri de protecţie, iar pentru aceasta ele trebuie să fie bine cunoscute, tocmai pentru a putea fi apărate cu eficacitate. Pentru că nu poate exista „libertate” fără ,.securitate”.

2. Există mai multe modalităţi de asigurare a respectării drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor: a) apărarea personală; b) apărarea asistată sau c) apărarea colectivă. În consecinţă, cetăţenii trebuie să fie informaţi pentru a putea recurge În deplină cunoştinţă de cauză la aceste mijloace de apărare.

a) *Apărarea personală.* În activitatea cotidiană, autorităţile sunt ţinute să respecte legea, dar revine

şi fiecăruia menirea să vegheze la respectarea drepturilor sale. Este adevărat însă că cetăţenii nu vor putea face acest lucru decât în măsura în care posedă un minimum de cunoştinţe în domeniu. De aceea, este bine ca aceştia să se documenteze cu privire la mijloacele de protecţie legale care le stau la dispoziţie, utilizând toate canalele de informare Între care literatura de specialitate şi mass-media ocupă un loc important.

b) *Apărarea asistată de un jurist.* În multe cazuri atingerile aduse drepturilor sau libertăţilor persoanei sunt majore. având un grad mai ridicat de complexitate, depăşind posibilităţile obişnuite de informare ale cetăţenilor, existând nevoia de consiliere. În astfel de cazuri, nu trebuie ezitat a se apela la un profesionist. Acesta are capacitatea de a înlătura capcanele şi va păstra secretul clientului său.

Între aceştia avocaţii sunt investiţi prin lege cu atribuţii de a acorda consultanţă şi reprezentare juridică. Ei pot redacta contracte, acţiona în cadrul administraţiei publice, pot pleda în faţa instanţelor de judecată, precum şi multe alte activităţi. Trebuie menţionat şi notarul a cărui intervenţie este indispensabilă pentru tot ceea ce înseamnă succesiuni şi a cărui prezenţă este obligatorie în materie de vânzări imobiliare. Notarul poate ajuta cetăţenii şi în privinţa administrării patrimoniului familial. Executorul judecătoresc este, de asemenea, indispensabil pentru executarea silită a hotărârilor judecătoreşti.

c) *Apărarea colectivă.* Există numeroase asociaţii care au ca obiect de activitate apărarea cetăţenilor, cum sunt: asociaţiile de consumatori sau asociaţiile care apără copiii maltrataţi sau abuzaţi. Ele se preocupă de sprijinirea victimelor şi asanarea moravurilor. Trebuie menţionată şi dezvoltarea unor multiple alte forme de acţiune

colectivă, cum sunt, de exemplu: asociaţiile de proprietari, organizaţii ale societăţii civile etc.

În cadrul relaţiilor interumane, precum şi cu autorităţile publice, în cadrul colectivităţilor, cetăţenii nu trebuie să rămână izolaţi. Ei trebuie să se integreze în microcolectivităţile constituite la nivel local, astfel încât să fie eliminate sau măcar atenuate inegalităţile şi abuzurile comise de pe poziţii dominante. Pentru aceasta cetăţenii trebuie să aibă minime cunoştinţe despre drepturile şi libertăţile lor şi despre modalităţi le de soluţionare a situaţiilor conflictuale. Mai explicit, cetăţenii trebuie să fie informaţi despre căile şi modalităţile de a acţiona atunci când se află în situaţii conflictuale sau sunt victime ale infracţiunilor. Ei trebuie să cunoască „sistemul judiciar", adică instanţele de judecată civile (inclusiv ramura contenciosului administrativ consacrată soluţionării situaţiilor conflictuale dintre cetăţeni şi autorităţi) şi penale, modul de alcătuire şi funcţionare şi competenţele acestora, cum pot fi ele sesizate, căile de atac împotriva hotărâri lor judecătoreşti şi modul în care aceste hotărâri pot fi puse în executare.

Toate acestea trebuie explicate într-un limbaj obişnuit, accesibil celor care nu au cunoştinţe juridice.

La fel de utilă ar fi şi publicarea în mass-media a unor informaţii referitoare la probleme de interes public, cu scurte comentarii explicative.

Plaja problematicii juridice de interes public este foarte largă, incluzând chestiuni referitoare la: *familie* (căsătoria, ruperea legăturii matrimoniale, copiii, adopţia, copiii abandonaţi sau prost trataţi, tutela minorului, obligaţiile alimentare şi de studii, succesiunea); *viaţa cotidiană* (domiciliul, închirierea locuinţei şi chiria, coproprietatea, tulburările de vecinătate); *raporturile de muncă*

(condiţiile de muncă, întreprinderea, grupările profesionale); *protecţia socială* (principiile şi regimul general al securităţii sociale, asigurările sociale, accidentele de muncă şi bolile profesionale, prestaţiile familiale, reglementarea litigii lor securităţii sociale, şomajul, ajutorul social); *viaţa la ţară* (exploatarea sau proprietatea rurală, protecţia naturii, vânătoarea, pescuitul, circulaţia rurală, animalele); *afacerile şi frauda în afaceri* (societăţile comerciale, contractele comerciale, intermediarii, efectele actelor de comerţ, frauda în afaceri); *circulaţia pe drumurile publice* (permisul de conducere, vehiculul, remorca, caravana, transportul copiilor); *electricitate şi gaz* (deschiderea pieţei, tarifele reglementate şi tariful pieţei).

Capitolul I: Viaţa în societate pe înţelesul şi în folosul tuturor

Trăim cu toţii şi ne desfăşurăm activităţile diverse în cadrul societăţii, dar prea puţini dintre noi înţelegem cu adevărat, adică în profunzime, ce se înţelege prin noţiunea de „societate", cum este ea alcătuită, organizată şi cum funcţionează şi, mai ales, care este rolul nostru ca cetăţeni, ce drepturi avem şi, în mod corelativ, ce obligaţii avem în această calitate a noastră (de cetăţeni).

De aceea, ne propunem ca printr-o suită de articole, destinate educaţiei cetăţeneşti a indivizilor care alcătuiesc societatea, să explicăm, într-un limbaj pe înţelesul tuturor, ce se înţelege prin „societate", „stat" şi „drept", care sunt raporturile dintre acestea şi cetăţeni, precum şi dintre cetăţenii înseşi, unii faţă de alţii.

Vor urma, în mod continuu, articole consacrate analizei amănunţite a drepturilor cetăţenilor, modului în care aceştia şi le pot exercita, înţelegerii diferitelor reglementări juridice, dar şi accesul la lucrări de specialitate (popularizate), soluţiile din practica judiciară şi bunele practici administrative de aplicare a legilor în legătură cu toate problemele cu care se confruntă cetăţenii în viaţa lor profesională şi cotidiană, precum şi modul în care cetăţenii pot să-şi aducă contribuţia la procesele decizionale (ceea ce se numeşte „democraţie directă participativă", complement al „democraţiei reprezentative", adică cea exercitată prin reprezentanţi).

În acest prim articol ne vom ocupa de desluşirea conţinutului noţiunii de „societate".

În sensul său cel mai larg, prin „societate”, de regulă se înţelege „totalitatea oamenilor care trăiesc laolaltă în mod organizat”. Dar, această definiţie dată noţiunii de „societate” are un caracter prea general, fiind necesar un examen mai în profunzime care va permite punerea în evidenţă a modului de organizare şi funcţionare a acesteia, ca ansamblu de acţiuni structurate pe mai multe paliere care includ: activităţi economice (producţia şi circulaţia bunurilor şi serviciilor), activităţi instructiv-educative şi culturale; protecţia sănătăţii şi a mediului înconjurător şi altele.

Viaţa în societate reprezintă şi include toate tipurile de activităţi şi relaţii care se leagă între oameni. Ele nu se desfăşoară la întâmplare, ci în forme organizaţionale, adică modalităţi de amenajare a diverselor activităţi care se desfăşoară în societate în vederea realizării scopurilor urmărite. Mai explicit, este vorba de repartizarea sarcinilor, stabilirea unor raporturi de subordonare, controlul şi evaluarea rezultatelor obţinute, măsurile de corectare a deficienţelor şi de sancţionare a celor aflaţi în culpă. În felul acesta indivizii sunt integraţi în ansambluri profesionale specializate, aceste ansambluri alcătuind o structură importantă a societăţii.

A. Referitor la aceste ansambluri organizaţionale profesionale, cea mai mare greşeală care se face de regulă, atunci când se defineşte rolul lor în societate, este aceea că ele sunt considerate că reprezintă „profesiunea”, alcătuind doar o „ordine profesională”. Şi, într-adevăr, acesta ar fi şi rolul pe care ar trebui să-l îndeplinească „sindicatele profesionale”. Acest unghi de vedere este, evident, unul îngust. În realitate, în afara unei „ordini profesionale”, într-adevăr foarte importantă, există şi alte tipuri de „ordini” şi anume: „ordinea juridică” şi, pe plan şi mai larg, „ordinea publică”, care încorporează şi

ordinea juridică şi care reprezintă, cu adevărat, „legea supremă a unei societăţi”.

Toate aceste noţiuni (ordine profesională, ordine juridică şi ordine publică) necesită o definire într-un limbaj accesibil oamenilor obişnuiţi, fără o pregătire juridică sau sociologică, disciplină ştiinţifică care are drept obiect activităţile relaţionale din cadrul societăţii.

Înainte de toate trebuie definită noţiunea însăşi de „ordine”. Prin această noţiune cu caracter foarte general se înţelege o „structură sistemică” (structura unui ansamblu), ceea ce înseamnă că nu este vorba doar de o simplă colecţie de obiecte disparate ci de un „ansamblu organizat de elemente independente care formează o unitate” (un tot indestructibil).

În acest sens trebuie înţelese şi noţiunile de „ordine juridică” şi, pe un plan mai larg, de „ordine publică”, noţiuni care, de asemenea trebuie traduse într-un limbaj accesibil oamenilor obişnuiţi.

B. *Ordinea juridică* reprezintă un ansamblu structurat de elemente care reprezintă ceea ce se numeşte „drept” (ansamblu de principii şi reguli care guvernează existenţa şi funcţionarea unei societăţi umane). Dar, „ordinea juridică” nu se suprapune, nu se confundă cu „dreptul” (deşi acesta este principala sa componentă), fiind depăşit caracterul strict normativist (de reglementare), în sensul că sunt incluse şi alte elemente cum sunt „eficacitatea”, „unitatea”, „coerenţa” şi „complitudinea”.

Prin „*eficacitatea ordinii juridice*” se înţelege o depăşire a „regulii de drept propriu-zise”, indivizii trebuind să se comporte în societate ţinând seama nu numai de regulile de drept, ci şi de reguli de comportament generale rezultând,

direct sau indirect, din principii generale ce pot fi deduse din reglementarea strictă a regulilor de drept, ansamblu principial care alcătuieşte mediul înconjurător al dreptului propriu-zis, adică „ordinea juridică”.

„Unitatea ordinii juridice” este un principiu unificator potrivit căruia normele (regulile) juridice sunt ordonate de o asemenea manieră încât să formeze „un sistem structurat”, înlăuntrul căruia fiecare regulă juridică să-şi găsească locul în raport cu toate celelalte reguli care formează ansamblul în totalitatea sa (o ordonare concordantă).

„Coerenţa ordinii juridice” este un alt principiu fundamental al ansamblului care formează „ordinea juridică”, potrivit căruia trebuie excluse contradicţiile sau suprapunerea regulilor juridice care formează un ansamblu de reguli specifice diferitelor domenii juridice.

Principiul coerenţei este o cerinţă (exigenţă) în sensul că odată aleasă o linie de conduită de către legiuitor, în indiferent ce domeniu al dreptului, este imposibil să te abaţi de la această linie directoare. A depăşi această linie directoare, înseamnă a te afla în culpă. Acest principiu este ca o adevărată reţea nervoasă care străbate întregul ansamblu de reguli juridice şi care are rădăcini adânci în ordinea juridică, fiind impregnat de logică.

„Complitudinea ordinii juridice” are legătură cu problema „lacunelor legislative”. Cea mai mare parte a legislaţiilor instituie o „prezumţie de complitudine a ordinii juridice” (se consideră că o reglementare este completă). Deci, judecătorii nu pot refuza să soluţioneze cauzele cu care sunt investiţi pe motivul insuficienţelor de ordin legislativ. În astfel de cazuri ei sunt îndreptăţiţi să

caute reguli derivate din cutume (obişnuinţe), să judece după reguli de echitate, ori aşa cum se prevede în Codul civil elveţian, judecătorii să soluţioneze cauzele potrivit unor reguli stabilite de ei înseşi.

C. *Ordinea publică* este reprezentată printr-un ansamblu relaţional mai amplu care include, ca elemente componente, trei mecanisme esenţiale pentru o funcţionare normală a societăţii: sistemul politic (politica); sistemul juridic (dreptul) şi sistemul de principii şi reguli morale şi echitabile (bunele moravuri).

a) *Sistemul politic* este un instrument care serveşte la orientarea şi modelarea tuturor activităţilor care se desfăşoară în cadrul societăţii.

Orice societate nu poate fi concepută fără o ordine şi fără o disciplină. *Ordinea* încadrează activităţile individuale din toate domeniile în vederea realizării unui scop (obiectiv), iar *disciplina* stimulează aceste activităţi şi, după caz, sancţionează abaterile de la regulile de comportament social.

Orice societate se ordonează în jurul unui ideal de viaţă comună şi se dezvoltă într-un climat de conştiinţă născut din solidaritate, sentiment prin care

membrii societăţii se simt uniţi. Dar, societatea (acest ansamblu alcătuit din indivizi legaţi printr-un sentiment de solidaritate socială) nu poate trăi şi nici deveni o realitate decât dacă este stimulată printr-o forţă de impulsionare care declanşează şi controlează aceste activităţi (acţiuni) în vederea realizării cărora a fost creat organismul social. Această forţă este „Puterea publică”.

„Societatea” şi „Puterea” se nasc împreună, *puterea* fiind o condiţie de asigurare a ordinii, iar libertatea nefiind posibilă decât în cadrul unei

ordini date. Acesta este şi motivul pentru care „Puterea” este un fenomen social prin excelenţă, întrucât, pe de-o parte, ea nu poate fi concepută în afara „Societăţii”, iar, pe de altă parte, fără o „Putere” care să acţioneze, o societate ar fi un corp inert aproape de declin.

De fapt, toate societăţile organizate politic, de la cele primitive până la cele mai rafinate din zilele noastre, au fost şi sunt dirijate (conduse) de o „Putere” care şi-a luat asupra sa sarcina apărării intereselor comune a grupărilor de indivizi reuniţi prin sentimentul de solidaritate socială.

Puterea publică a îmbrăcat, de-a lungul timpului, forme diferite, la început difuze, impuse de cutume şi credinţe religioase şi, treptat, tot mai evoluate, în stadii mai avansate, atunci când necesităţile economice şi de apărare au necesitat preluarea conducerii de către un şef. Aşadar, „Puterea” s-a încarnat iniţial într-un om, adesea acesta fiind cel mai înţelept sau cel mai abil, ori cel mai curajos, el exercitând puterea ca o prerogativă. Dar, această putere individualizată, cu toate avantajele sale în ceea ce priveşte coeziunea grupului social şi afirmarea autonomiei acestuia, nu a putut supravieţui, din moment ce „conştiinţa politică” a celor guvernaţi a devenit mai exigentă, neexistând o justificare legitimă suficientă, nefiind exclus arbitrariul (abuzul de putere) a celui care exercită puterea cu titlu personal. Cu alte cuvinte se ştia cine comandă - în cadrul unei puteri individualizate - dar nu se ştia prea bine „cine are dreptul să comande şi în ce condiţii”. Iar, acest „drept de a conduce” a fost cucerit, în timp, ca urmare a unor lupte aprige provocate de problemele de legitimitate.

Pentru a se ajunge la o soluţie acceptabilă în ceea ce priveşte dreptul de a conduce s-a imaginat o „altă formă de putere politică”, fiind inventat şi

un suport al „Puterii” care să fie independent de personalităţile guvernanţilor. Acest suport a fost „Statul”, care este o „abstracţiune” (adică ceva care nu se poate percepe prin simţuri, ci se exprimă prin idei referitoare la relaţiile dintre indivizi şi societate şi dintre indivizii însăşi) conceput ca fiind „sediul autorităţii politice”. Cu alte cuvinte, „Statul” nu există decât în măsura în care este gândit ca o formă organizatorică atât de guvernanţi care pun în operă puterea sa, cât şi de guvernaţi care consideră, şi aceştia, că „Statul” este sediul „Puterii” şi fundamentul „regulilor juridice în jurul cărora se organizează şi se urmăreşte realizarea binelui comun”. Deci „Statul” este o explicaţie, o justificare şi o utilizare a fenomenului social care este „Puterea” (a se vedea, în sensul celor sus-menţionate: G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976, p. 11-13; G. Bourdeau, *L'Etat*, Paris, 1970; J. Dabin, *L'Etat ou le Politique*, 1957).

Studiul aprofundat al „Statului” va face obiectul unui alt articol, în cadrul căruia vom pune în evidenţă modul de organizare şi funcţionare a acestuia.

Ceea ce trebuie subliniat este faptul că nu trebuie confundate noţiunile de „politică”, „putere publică (politică)” , „sistem politic” şi „regim politic”, pentru că nu de puţine ori aceşti termeni sunt utilizaţi într-un mod neadecvat, fiind echivalaţi sau suprapuşi printr-o amalgamare compoziţională.

Politica reprezintă un ansamblu de idei cu privire la organizarea şi modul de funcţionare a societăţii în vederea atingerii unui scop. În acest sens, vorbim de politici publice, politici economice, politici sociale, politici juridice.

Puterea politică este exprimată printr-o acţiune de reprezentare a cetăţenilor prin intermediul căruia este asumată sarcina apărării intereselor comune ale indivizilor care alcătuiesc societatea, instrumentul folosit fiind „Statul”. Este „forţa care impulsionează, direcţionează şi conduce spre realizarea unui anume scop”, acţiunile diverse care se desfăşoară în cadrul societăţii.

Sistemul politic este reprezentat prin ansamblul de organe ale Statului care sunt clasate tradiţional în trei categorii, fiecare dintre ele exercitând o anumită formă de exercitare a „puterii politice”: puterea legislativă, puterea executivă şi puterea judecătorească.

Executarea acestor trei modalităţi de executare a puterii politice revine, respectiv: organelor legiuitoare, organelor executive şi organelor judecătoreşti.

Ceea ce trebuie reţinut este faptul că avem de-a face cu un „sistem politic”, adică un ansamblu de elemente interdependente şi interconectate, care acţionează împreună (în mod sistemic), nu într-un mod total autonom, separate unele de celelalte, ci în colaborare unele cu celelalte. Aceasta este concepţia modernă (actuală), contemporană despre „Putere”, considerată ca un instrument de refacere a lumii, de transformare a societăţii într-o formă de viaţă nouă, mai echitabilă. Punerea pe picioare a unui atare tip de societate nouă implică adoptarea unui plan a cărei rigoare exclude autonomismele, compartimentările rigide (printre care şi principiul separaţiei puterilor, conceput ca o disociere rigidă dintre legislativ, executiv şi jurisdicţional), întrucât realizarea planului nu poate fi obţinută decât printr-o subordonare a tuturor organelor Statului realizării obiectivelor care urmează a fi atinse pe termene scurte, medii şi lungi.

Toate aceste tipuri de organe trebuie să-şi concentreze atenţia şi energiile spre atingerea acestor obiective planificate, colaborând, nu păstrându-şi, într-un mod rigid autonomia. Aceasta n-ar însemna, totuşi, abandonarea principiului separării puterilor, indispensabil pentru menţinerea unor echilibre esenţiale, necesare bunului mers al societăţii, ci o interpretare mai largă, mai flexibilă a acestui principiu, depăşirea dogmatismului şi a vanităţilor pentru a putea fi obţinute rezultate superioare.

Regimurile politice. Noţiunea de „regim politic" a fost legată până de curând de instituţiile guvernamentale. Astfel, se vorbeşte, de exemplu, de „regim reprezentativ" şi „regim prezidenţial" sau „regim semiprezidenţial", la care se adaugă şi alte elemente disparate (eterogene) destinate să îmbogăţească substanţa acestor noţiuni menţionate mai sus, în special referirea la „libertăţile publice" (gradul de intensitate al acestora), dar, în general, noţiunea de „regim politic" rămâne, în esenţă, orientată spre „forma de guvernare".

Această concepţie „formală" persistă şi în prezent, nedispărând în totalitate dar fiind totuşi contrabalansată de o puternică tendinţă deja destul de bine cristalizată potrivit căreia „forma de guvernare" nu este decât un element, printre altele, al definiţiei noţiunii de „regim politic". Într-adevăr, pentru o definire completă şi clară a ceea ce înseamnă „regimuri politice" trebuie să se ţină seama de: structura economică şi socială a Statului (care reprezintă fundaţia pe care se sprijină „puterea politică" pe care o exercită guvernanţii); obiectivele pe care şi le propun guvernanţii; forţele cărora trebuie să li se supună (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976, p. 169 şi urm.). Cu alte cuvinte, în zilele noastre are loc o politizare a întregului ansamblu

de activităţi economice şi sociale. Politica îşi pierde caracterul său de activitate specializată, totul căpătând un caracter politic pentru că totul este influenţat de „Putere" şi se repercutează asupra ei. Este vorba, aşadar, de o politizare universală, lucru valabil pentru toate Statele. Iar, în aceste condiţii, modalităţile de exercitare a „Puterii", formele de guvernare nu mai sunt decât un fenomen, printre altele. Esenţial este modul cum „societatea se reflectează în „Putere" şi invers, stilul în care se exercită „Puterea" prin acţiunea guvernanţilor. Fiind omniprezentă şi preocupându-se de totul, politica îşi pierde specificitatea. Ca atare, trăsăturile prin care se exteriorizează regimul politic, graţie cărora regimul politic îşi exercită acţiunea trebuie căutate peste tot. În mod evident, avem de-a face cu una din cauzele de creştere a complexităţii noţiunii de „regim politic" şi în zadar ne-am preface că nu am cunoaşte acest lucru, sub pretextul de a evita confuziile care ar putea să rezulte dintr-o astfel de abordare (G. Bourdeau, *Traité de science politique*, ediţia 2-a, tome V, nr. 10 şi urm., şi tome VI, nr. 12). Iată de ce se consideră că este greşită poziţia care se manifestă în prezent potrivit căreia ar trebui depolitizate activităţile desfăşurate de organele (instituţiile) Statului, deşi activităţile respective au, în esenţă, un caracter politic. Aşa încât, atenţia şi energiile trebuie canalizate nu în direcţia combaterii unei tendinţe evidente de „politizare universală", ci spre analizarea modurilor de exercitare a „Puterii", a modului în care societatea se reflectă în „Putere", a modului în care sunt puse în practică politicile publice de către principalele „regimuri politice contemporane".

La fel ca toate fenomenele (acţiunile) politice, noţiunea de „regim politic" şi formele pe care le îmbracă aceste regimuri politice se articulează în

jurul „Puterii”. Pornindu-se de aici, trebuie să fie clasificate diferitele regimuri politice care depind de: cadrul în care se acţionează; fundamentul pe care se sprijină construcţia politică; forţele care le pun în mişcare; obiectivele vizate; mijloacele tehnice de care se dispune. Din aceste elemente se desprinde „schema de analiză” a factorilor care determină regimurile politice, adică: cadrul, forţele, obiectivele urmărite, mijloacele.

Capitolul II: Noţiunea de „Stat” pe înţelesul tuturor

Mulţi oameni, poate chiar prea mulţi, au o imagine confuză despre ceea ce este „Statul” şi, ceea ce este şi mai grav, nu-şi dau seama că, de fapt, ei înşişi reprezintă o componentă esenţială a Statului şi, ca atare, aşteaptă ca Statul să le asigure tot ceea ce au nevoie şi să le apere drepturile, nefiind conştienţi de faptul că au şi obligaţii şi că trebuie să şi contribuie prin propriile lor eforturi la realizarea stării lor de bine şi de confort.

Orice societate (grupare de indivizi) se ordonează în jurul unei „idei despre idealul de viaţă în cadrul comunităţii” şi se dezvoltă într-un climat născut din solidaritate, sentiment prin care oamenii se simt legaţi unul de altul. Dar, acest mod de organizare şi funcţionare a societăţii reprezintă doar un ideal spre care se tinde; societatea nu poate exista în mod concret şi să devină o realitate istorică decât dacă este stimulată şi susţinută permanent de o „forţă de impuls” care declanşează şi controlează acţiunile necesare constituirii acestui organism social, această forţă fiind „Puterea politică”, fenomen social prin excelenţă întrucât, pe de-o parte el nu poate fi conceput în afara societăţii, iar, pe de altă parte, fără o atare „Putere politică de impuls social”, societatea ar fi un corp inert, lipsit de viaţă şi de iniţiativă, adică ceva aflat în declin. Aşa încât, toate societăţile cunoscute, de la cele primitive până la cele mai rafinate, au fost întotdeauna conduse de o „Putere” (Puterea politică) care şi-a asumat sarcina de a ocroti interesele comune ale grupului.

În decursul timpului „Puterea politică” a îmbrăcat multiple forme, iniţial forme difuze în cadrul cărora masele de indivizi erau supuse unor reguli impuse prin cutume (obiceiuri) şi credinţe religioase, ulterior, în faze mai evoluate, atunci când necesităţile economice şi luptele cu alte grupuri de indivizi au impus necesitatea unui şef, care să conducă, puterea politică a fost individualizată, iar mai târziu, atunci când conştiinţa politică a celor guvernaţi a devenit mai exigentă, s-a tins spre o altă formă de putere politică care să evite inconvenientele formei individualizate a puterii politice, fiind inventat un alt suport al puterii politice, care să fie „independent de personalităţile care guvernează”, acest suport fiind „Statul” care să fie titularul permanent al „Puterii politice”, guvernanţii nefiind decât agenţi care o exercită anumite perioade de timp limitate. Mai explicit, indivizii care formează societatea au ajuns, la un moment dat, să devină mai sensibili la modul de exercitare a „Puterii politice”, refuzând să mai considere că „organizarea social-economică să se bazeze doar pe voinţa unui individ”. În consecinţă, atât grupurile sociale, dar şi guvernanţii însăşi au început să se gândească la realizarea unei forme durabile de gestionare a intereselor colective, la un mod de organizare a autorităţii publice care să pună capăt atotputerniciei personalităţilor politice (autorităţii individualizate a puterii politice), la o „organizaţie politică care să garanteze, în măsura posibilului, conformitatea deciziilor guvernanţilor cu aspiraţiile maselor de indivizi. În felul acesta s-a născut „ideea unei disocieri” (departajări) între puterea publică şi indivizii care o exercită. Dar, dacă „puterea politică” încetează să mai fie încorporată în persoana unui şef, aceasta nu înseamnă nicidecum că ar rămâne fără un titular;

deci, trebuia instituit un suport, care a fost „Statul” conceput ca fiind „sediul autorităţii politice” (J. Dabin, *L'Etat ou le politique*, 1957).

Deci, „Statul” este doar un „concept” (adică o „idee generală” despre modul de organizare, funcţionare şi conducere a societăţii), care nu există decât pentru că este gândit în acelaşi timp de guvernanţi care pun în operă „puterea sa”, cât şi de cei guvernaţi care văd în „Stat” sediul „Puterii” şi fundamentul regulilor juridice în jurul cărora se organizează realizarea „binelui comun”. Mai exact şi mai explicit „Statul” este o explicaţie, o justificare şi o utilizare a fenomenului social care este „Puterea politică” (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politique*, Paris, 1976, p. 13).

În jurul acestei idei (explicaţii, justificări) se grupează „un aparat de servicii publice, mecanisme administrative, un personal de guvernanţi şi agenţii.

Ar fi însă eronat să se confunde această reunire de mijloace şi de proceduri cu Statul, acesta nefiind limitat doar la acestea. Instituţiile, serviciile şi personalul necesar îndeplinirii acestor atribuţii nu sunt decât mijloace destinate să facă posibilă îndeplinirea anumitor funcţiuni ale „Puterii”; ele nu sunt „Statul” care este gândit pentru a avea o explicaţie satisfăcătoare despre toate acţiunile şi fenomenele care caracterizează existenţa şi acţiunea „Puterii politice”. În acest sens, ideea de „Stat” reflectă în mod perfect progresul mentalităţilor politice a guvernanţilor, cât şi a celor guvernaţi. Disociindu-se (despărţindu-se) „persoana celui care comandă” de „dreptul de a comanda”, este pus în evidenţă, în mod clar, raportul de subordonare care există între „actul de comandă” şi „respectarea unor condiţii stabilite în prealabil”.

Guvernanţii nu pun în operă o „putere personală”, ci o „putere care aparţine Statului”, colectivitatea putând impune activităţilor guvernanţilor limite pe care le consideră dezirabile (G. Bourdeau, *op. cit. supra*).

Nu există şi nici nu a existat un Stat care să fie absolut neutru în raport cu societatea în care este implantat şi în care acţionează. Aceasta ar însemna un Stat apolitic, ceea ce ar însemna o contradicţie în termeni. Un atare Stat nici nu ar putea şi nici nu ar fi de dorit să existe atâta vreme cât funcţia oricărui Stat este aceea de a reprezenta colectivitatea şi cerinţele acesteia. Statul nu beneficiază de nici un primat (preponderenţă) în raport cu societatea pe care o reprezintă. Altfel spus, Societatea este cea care creează Statul (şi nu invers), Statul existând pentru a proteja Societatea şi nu pe sine sau vreo ideologie mai mult sau mai puţin arbitrară.

În consecinţă întreaga problematică a oricărei guvernări se reduce la chestiunea de a se şti prin cine şi cum va fi pusă în operă această „Putere politică” care aparţine „Statului”, şi care nu poate fi concretizată decât prin acţiuni guvernamentale.

Dezvoltând într-o formă mai sistematizată cele expuse mai înainte, trebuie reţinute mai multe semnificaţii sub care trebuie analizat „Statul”, semnificaţii (înţelesuri) care se suprapun, se întretaie şi între care există o continuă interpenetrare.

a) *„Statul” poate fi conceput ca încarnând un principiu de ordine şi coerenţă pe care se bazează însăşi existenţa societăţii*. Neutru în esenţă, independent şi obiectiv, „Statul” apare ca fiind locul de integrare şi unificare socială, sustras conflictelor care rup societatea. El poartă în sine „binele comun”, „interesul general” (G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, 1821).

Personificare a „Naţiunii”, Statul o transformă (naţiunea) într-o forţă de acţiune, asigurându-i apărarea intereselor sale comune.

Statul este de asemenea „fundamentul autorităţii”. În spatele „persoanelor fizice care guvernează” se profilează o „persoană juridică - Statul” la care trebuie raportate şi imputate toate actele de putere (politică): guvernanţii nu decid în numele lor propriu ci în numele acestei entităţi care este suportul permanent al puterii; guvernanţii nu sunt decât „reprezentanţi” însărcinaţi să traducă (aplice) voinţa unei instanţe care îi depăşeşte şi care este singura sursă a autorităţii, Statul.

Această construcţie politică, pe care se întemeiază legitimitatea puterii, în societăţile contemporane se bazează pe un artificiu, pentru că, în realitate, nici nu se poate concepe a se face vreo diferenţiere între „Stat” şi „Societatea civilă”. Făcându-se din Stat o forţă exterioară, o putere neutră care ar plana deasupra societăţii, s-ar ajunge la o descompunere total artificială a „realităţii sociale”. Deci, „Statul” nu are un caracter transcendent (rupt de realităţi) ci unul iminent (propriu) câmpului de raporturi sociale.

b) *Într-un al doilea sens, „Statul” s-ar prezenta sub forma unei „sfere publice”, un spaţiu social cu întindere variabilă*.

Specificitatea acestei „sfere publice” este mai mult sau mai puţin conturată (pronunţată, accentuată). Ea ar avea o triplă dimensiune: simbolică, juridică şi organică, în sensul că latura sa publică ar fi încarnată de „interesul general”, superior în esenţă „intereselor private”, se caracterizează prin aplicarea unor reguli derogatorii de la dreptul comun şi reprezintă un concept care funcţionează articulat, coerent şi unitar.

Constituirea acestei „sfere publice” a fost rezultatul unui proces de diferenţiere progresivă care s-a manifestat printr-o separare a „publicului” de „privat”, disocierea „puterii statale” şi a „puterii sociale”, separarea de roluri şi funcţiuni, apariţia profesioniştilor puterii publice. Este vorba de un „fenomen de raţionalizare” care a afectat societăţile intrate în era modernităţii (Max Weber). Cu toate acestea, evoluţia societăţilor contemporane este îndreptată spre atenuarea acestei diferenţieri între public şi privat, Statul comportându-se fie ca un fel de tutore al vieţii sociale (Statul providenţă), fie absorbind întreg spaţiul social (Statul totalitar).

În ceea ce priveşte rolul jucat de Stat ca organ de reglare socială au fost emise trei tipuri de interpretări:

- *în viziunea liberală tradiţională*, Statul este perceput ca un organ de „integrare socială”, a cărei funcţiune este aceea de a reduce antagonismele (neînţelegerile), rezolvarea conflictelor, atenuarea tensiunilor, stabilind astfel, cel mai bun echilibru posibil între interesele sociale contradictorii şi interdependente;

- *în viziunea machiavelică (perfidă)*, Statul este conceput ca o „entitate de dominare” care permite unei oligarhii (formă de conducere a Statului în care puterea politică şi economică este deţinută de un grup restrâns de persoane sau familii) să-şi impună punctele lor de vedere făcând să prevaleze interesele lor;

- *într-o viziune marxistă* (care absolutizează antagonismele sociale), Statul este considerat ca fiind un „instrument de dominare” în serviciul clasei sociale care deţine mijloacele de producţie, clasă care, prin intermediul acestui instrument devine politic dominantă.

c) *Într-un al treilea sens, prin intermediul noţiunii de „Stat”, se face trimitere la societăţile politice în cadrul cărora se întâlneşte un dublu fenomen: „abstractizarea puterii” (operaţiune intelectuală de generalizare a trăsăturilor esenţiale a unor obiecte, inclusiv a noţiunii de „Stat” şi „autonomizarea sferei publice”)*. Mai explicit, Statul este conceput şi sub aspectul „condiţiilor de existenţă” a sa. Aceste condiţii consolidează situaţia „Puterii politice”, permiţând detaşarea (intelectuală) a acesteia de personalităţile celor care guvernează, adică exercită efectiv „Puterea politică”, cu titlu de „Putere statală”.

Aceste condiţii de existenţă a Statului sunt: existenţa unei naţiuni; existenţa unui teritoriu naţional; consimţământul celor guvernaţi la concepţiile politice ale guvernanţilor.

Înainte de a trece în revistă conţinutul şi semnificaţia acestor condiţii de existenţă a Statului sunt necesare câteva consideraţiuni generale cu privire la „instituţionalizarea puterii”.

Prin „instituţionalizarea Puterii” se înţelege actul prin care fundamentul Puterii este transferat (printr-o operaţiune intelectuală) de la persoanele care guvernează la o entitate (abstractă) care este Statul (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976, p. 16 şi urm.).

Această operaţiune de transfer nu se realizează instantaneu, ci este rezultatul unei suite (înlănţuiri de evenimente) de tatonări, adaptări progresive a cadrelor juridice (a reglementărilor juridice) la aspiraţiile colectivităţii. Nu importă ritmul acestor evoluţii, acest proces evolutiv poate fi mai mult sau mai puţin bine înţeles de oamenii care sunt în acelaşi timp şi actori şi martori, rezultatul însă rămâne mereu acelaşi: pe de-o parte, disocierea între Putere şi cei care exercită în fapt atributele

acesteia, iar, pe de altă parte, apariţia Statului ca instituţie care deţine Puterea politică.

Trecerea de la formele prestatale la Stat nu depinde exclusiv de atitudinea intelectuală a oamenilor care îşi imaginează o structură politică nouă, în cadrul căreia Puterea s-ar detaşa de cei care guvernează pentru a se încarna într-un concept (idee generală care este o operaţiune intelectuală) care este noţiunea de „Stat". Dacă prin reflectare (gândire) se poate ajunge să se întrevadă anumite trăsături ale acestei organizaţii (care este Statul) şi dacă, datorită acestui fapt, oamenii sunt înclinaţi să favorizeze această instituţie, nu mai puţin jocul contingenţelor, soluţiile parţiale adoptate, fără a se face referire la un plan preconceput pentru rezolvarea problemelor cele mai urgente şi, mai ales, condiţiile istorice şi sociale în cadrul cărora se dezvoltă o societate, au o parte şi mai mare în transformarea Puterii. Nu este, aşadar, vorba de o putere oarecare care poate fi incorporată într-o instituţie statală, ci numai de acea putere care-şi găseşte în mediul social o atmosferă favorabilă instituţionalizării sale.

Deci, nu se poate spune că Statul este numai rezultatul unei voinţe conştiente puse în aplicare; formarea sa este subordonată existenţei unor condiţii, deopotrivă spirituale şi materiale, aşa încât instituţionalizarea unei idei şi a unei voinţe politice să devină o necesitate inevitabilă, atâta vreme cât nu intervine un eveniment neprevăzut care să o bulverseze (răscolească).

Existenţa unei naţiuni, adică a unui grup de indivizi care se caracterizează prin anumite trăsături comune şi specifice şi ai cărei membrii sunt conştienţi că aparţin aceluiaşi ansamblu (grup), fiind animaţi de un sentiment naţional prin care fiecare se simte legat de colectivitate, care rezultă din cristalizarea unor factori diverşi: rasă, limbă, religie.

Formarea unei naţiuni este favorizată şi însufleţită de amintirea unei istorii, tradiţii, aderarea la o cultură comună, toate întreţinute în viaţa cotidiană prin intersectarea intereselor, identităţii de aspiraţii şi o proiecţie spre viitor, credinţa într-o devenire comună (G. Bourdeau).

Existenţa unui teritoriu, adică a unor puncte de implementare stabile în spaţiu. Nu poate fi conceput un stat fără o fixare teritorială, fără un control exclusiv exercitat asupra unei zone geografice; definirea teritoriului se face prin delimitarea frontierelor, prin care se circumscrie întinderea în spaţiu a competenţelor Statului, adică, mai exact, câmpul „suveranităţii sale"(puterii absolute de control).

Consimţământul faţă de exercitarea Puterii reprezintă o condiţie extrem de importantă şi în acelaşi timp de delicată de existenţă a Statului. Puterea nu este o forţă civilă apărută din neant, în cadrul grupului uman (a colectivităţii). Ea este o încarnare a însuşi acestui grup uman, căci ea include aspiraţiile acestei colectivităţi. Trebuie, într-adevăr, ca această colectivitate să fie conştientă de această legătură care există între ea şi Putere; trebuie ca ea să o recunoască în deplinătatea sensurilor acesteia, recunoaştere care se realizează prin intermediul aşteptărilor pe care le are din partea ordinii sociale date. Această recunoaştere a puterii este, ea însăşi, o condiţie esenţială a existenţei Statului, căci numai în felul acesta (al recunoaşterii) se poate asigura un fundament suficient de solid pentru Puterea care este exercitată de Stat.

Dar, pentru a fi recunoscută Puterea ca atare, mai trebuie ca ea să fie şi consimţită. Dacă nu există, în cadrul raporturilor dintre comandament şi supunere, o atmosferă de încredere, orice

abatere (lacună) în exercitarea puterii de către guvernanţi va antrena o dezagregare a organismului social care este sudat tocmai prin cimentul forţei. Nu există ordine politică durabilă decât aceea care uneşte, într-o energie comună de voinţă, Puterea şi încrederea guvernanţilor. O dovadă palpabilă şi convingătoare o constituie, în acest sens, imperiile care s-au ruinat tocmai pentru că au fost lipsite de acest liant indispensabil. Este vorba de ceea ce filozofii Evului Mediu au denumit „pactum subjectionis", un fel de convenţie prin care subiecţii (indivizii) recunosc autoritatea guvernanţilor cu condiţia ca aceştia să nu se folosească de această putere decât în serviciul binelui comun. În caz de abuz din partea acestora poporul este îndreptăţit să rupă convenţia, simţindu-se eliberaţi de obligaţia de supunere.

În acest mod este abordată problema legitimităţii (M. Weber, *Wertschaft und Gesellschaft*, în „Grundriss der Soziatökonomie", tomul III, 1922), distingându-se trei tipuri de legitimitate, după cum este vorba de Puterea tradiţională (guvernarea prinţului), Puterea carismatică (guvernarea de către un şef calificat prin prestigiul său) sau Puterea raţională (guvernarea de către autorităţi investite prin lege).

Deşi, din punct de vedere istoric există interferenţe între aceste trei tipuri de legitimitate (în special se remarcă faptul că întotdeauna carisma ocupă un loc preponderent în ascendentul guvernanţilor), această distincţie rămâne valabilă.

În prezent, ideea comun admisă este cea potrivit căreia „convergenţa aspiraţiilor grupului şi obiectivelor Puterii, constituie fundamentul legitimităţii acesteia".

În orice societate politică suficient de unificată pentru a se preta la un mod de organizare statal, oamenii îşi formează o idee care domină ordinea

socială care este de dorit, aceasta fiind o idee despre drept, întrucât tipul de societate la care ei se referă apare ca fiind însoţit sau garantat de o reglementare juridică (G. Bourdeau, *Traité de science politique*, tomul I, nr. 73 şi urm.). Funcţia Puterii este aceea de a satisface exigenţele (cerinţele) incluse în această imagine despre viitorul pe care oamenii şi-l doresc. Or, această imagine nu poate fi trădată fără a fi alterat dreptul de a guverna (de a conduce), fără a înceta legitimitatea acestui drept.

Deci, este vorba de întinderea „consimţământului celor guvernaţi". Autoritatea politică derivă din conformitatea dintre deciziile Puterii politice cu ideea de drept valabilă la nivelul grupului naţional. Desigur, nu consimţământul este cel care creează ideea de drept, dar cel puţin prin consimţământ se constată existenţa sa şi faptul că aceasta nu constituie un obstacol în calea exercitării Puterii politice faţă de care s-a manifestat consimţământul. Dacă n-ar exista consimţământul, ordinea şi pacea ar fi la discreţia unui acord fragil al unor voinţe individuale, nu a colectivităţii. Înainte de supunerea faţă de guvernanţi există o adeziune a colectivităţii la o idee. Numai în măsura în care guvernanţii apar ca fiind apţi să servească această idee, calificaţi să satisfacă exigenţele „Binelui comun" se poate obţine şi supunerea. A consimţi înseamnă să accepţi; nu înseamnă să domini, înseamnă să accepţi legitimitatea dominării; nu înseamnă să ai controlul unei activităţi, ci să recunoşti temeinicia scopurilor urmărite şi oportunitatea mijloacelor folosite.

Idealul pentru realizarea unei bune ordini politice ar consta în aceea ca acest consimţământ să derive dintr-o adeziune individuală ai fiecăruia dintre membrii colectivităţii (grupului social). În realitate, această adeziune liberă şi înţeleasă în

sensul sus-menţionat este excepţională. Adevărul este că, în cele mai multe cazuri (sau în multe cazuri) cei guvernaţi acceptă Puterea din obişnuinţă, din lenea de a concepe o altă variantă sau din frica unor constrângeri din partea guvernanţilor. De asemenea, nu trebuie trecut cu vederea şi lipsa educaţiei, gradul precar de instruire, deci capacitatea redusă de înţelegere a programelor propuse de guvernanţi. Toţi aceşti factori de determinare a atitudinii celor guvernaţi faţă de Puterea politică creează un cadru în care individul luat izolat se află dezarmat, neavând capacitatea de a acţiona ca un adevărat cetăţean cu drepturi garantate şi obligaţii pe măsură. De aceea, în societăţile avansate sunt folosite tehnici de încadrare şi orientare colectivă, se introduc, în viaţa politică, instituţii adecvate a căror eficacitate egalează dacă nu o depăşeşte pe cea a instituţiilor oficiale ale Puterii politice, care propun indivizilor o încadrare colectivă, instituţionalizată, prin care aceştia sunt instruiţi (îndrumaţi, ajutaţi) să cunoască structurile şi funcţionalitatea Puterii politice statale, dirijându-se astfel sentimentele maselor faţă de Puterea politică. În această categorie de instituţii se încadrează: partidele politice, sindicatele, diverse asociaţii şi fundaţii fără caracter guvernamental, etc. Toate utilizează procedee de convingere destinate să conducă indivizii spre adoptarea unor poziţii în raport cu Puterea politică. Partidele acţionează asupra membrilor lor, prin intermediul programelor de guvernare pe care le propun. Sindicatele acţionează în domeniul raporturilor de muncă, orientând activitatea membrilor lor în legătură cu politicile guvernamentale. Asociaţiile, fundaţiile şi alte tipuri de organizaţii încadrează marea masă a oamenilor. În toate cazurile, astfel de constrângeri sau, mai exact, tipuri de încadrare a masei

cetăţenilor au drept rezultat fracţionarea colectivităţii într-un anumit număr de categorii sociale, în forţe organizate sau familii spirituale. Aşa încât, problema consimţământului nu se mai pune între Putere şi individ, ci între Putere şi grupuri deja încadrate şi mobilizate pentru realizarea de obiective politice (inclusiv sociale) precise. Acesta este un fenomen capital a cărei importanţă se măsoară atunci când sunt analizate condiţiile de funcţionare a regimului politic care, prin excelenţă, este cel al Puterii consimţite, regimul democratic (G. Bourdeau, *Traité de science politique*, tomul VI, nr. 60-72).

Pe de altă parte, la influenţa pe care o exercită aceste grupuri organizate asupra mentalităţii membrilor lor se suprapune în prezent determinismul (acţiunea de convingere) pe care aceştia o suportă ca urmare a apartenenţei lor la o „societate globală". Această societate globală (care mai este denumită: societate tehnică, societate a abundenţei sau societate de consum) este utilizată pentru a realiza o tot mai mare integrare care este o condiţie necesară solidităţii ordinii economice-sociale existente şi dezvoltării potenţialităţilor acesteia.

Mass-media, publicitatea, ridicarea nivelului de viaţă în societăţile dezvoltate suscită un conformism (acceptare mecanică, necritică a unei idei) care depăşeşte rivalitatea grupurilor sociale parţiale. Dar, odată cu realizarea unei convergenţe a dorinţelor şi realizarea unei omogenităţi sociale, ele provoacă, datorită precarităţii (sărăciei, nesiguranţei) finalităţii lor materialiste, reacţia ostilă a inteligenţei şi raţiunii. Or, aceste atitudini contradictorii opune mai puţin categorii sociale distincte, cele două tendinţe sfâşiind dureros conştiinţele individuale, în sensul că în fiecare dintre noi există o tendinţă de acceptare şi una de

refuz: cel care doreşte să aibă şi cel care aspiră să fie. Această dramă a timpurilor noastre necesită o reflecţie (gândire) profundă cu privire la echivalenţa consimţământului şi, în consecinţă, la inconfortul situaţiei Puterii politice de la care se cere în acelaşi timp să garanteze beneficierea de creşterea economică, dar şi să răstoarne structurile care o fac posibilă pentru a fi promovată „calitatea vieţii" (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit. supra, p.25-26).

d) *Într-un al patrulea sens, Statul apare ca un mod de organizare politică*. Politicul este un mod de organizare a cărei funcţie este aceea de a prezerva şi garanta supravieţuirea societăţii: prin afirmarea şi apărarea identităţii colective a grupului social (funcţia simbolică, adică o funcţie care sugerează o idee); prin protejarea ordinii sociale în vigoare (funcţie de dominare); prin armonizarea compozantelor (părţilor sale componente) şi rezolvarea conflictelor sociale (funcţie reglatoare).

Rolul politicii este acela de a asigura coeziunea (unirea) societăţii, ea ţinând împreună ansamblul elementelor sale constitutive utilizând în mod combinat ideologia şi coerciţia (pedepsirea); prin intermediul politicii grupul social îşi afirmă existenţa sa şi-şi asigură menţinerea sa.

Statul este o formă de construcţie politică instituţionalizată şi ca orice instituţie el se caracterizează prin trei manifestări (acţiuni) în cadrul cărora se regăsesc urme ale definiţiilor prezentate mai sus:

- mai întâi, putem vorbi despre o „acţiune de implantare" care se manifestă prin cucerirea unei zone de competenţă exclusivă axată pe un principiu de acţiune specific; acest principiu de acţiune constă într-o „grupare de dominaţie politică cu caracter instituţional" (M. Weber); în

măsura în care „guvernanţii deţin monopolul coerciţiei” (puterea sancţionatorie - forţa publică). Statul are puterea de a sancţiona din moment ce lui îi revine dreptul de a elabora norme care sunt impuse celor guvernaţi şi de a veghea la aplicarea lor prin stabilirea unui sistem de sancţiuni organizate. Această putere sancţionatorie se caracterizează prin legătura indisolubilă care există între normele juridice şi forţa materială de impunere a acestora: normele juridice se sprijină pe forţa materială a Statului, prin care este garantată executarea prevederilor acesteia; forţa materială se plasează în spatele normei juridice care garantează temeinicia (îndreptăţirea) utilizării sale. Dar, Satul are de asemenea şi dreptul de folosire exclusivă a sancţiunilor; el este singurul îndreptăţit să folosească forţa publică conformă modalităţilor fixate prin ordinea juridică; el dispune de o „putere de constrângere” necondiţionată şi irezistibilă, ceea ce înseamnă că este imposibil să scapi de aplicarea sancţiunii sau să te sustragi de la aceasta.

Această putere se exercită pe întreg teritoriul circumscris de frontierele ţării. Cu toate acestea, Statul nu reprezintă în interiorul societăţii o instituţie totală, care acoperă integral câmpul social condensând (integrând) în el toate fenomenele sociale: nu aparţin domeniului Statului anumite părţi din activităţile desfăşurate în societate ci numai în anumite privinţe; delimitarea „sferei publice” de „sfera privată” este ilustrativă din acest unghi de vedere. Sfera publică dă măsura ascendentului (influenţei) Statului asupra societăţii;

- în al doilea rând, este vorba de o „mişcare de diferenţiere” care antrenează constituirea unor organe specializate de administrare: ceea ce iniţial nu a fost decât o simplă împărţire tehnică de sarcini s-a transformat, în timp, într-un adevărat

sistem de organe statale permanent şi structurat - instituţiile care sunt alcătuite şi conduse de profesionişti competenţi. În felul acesta a apărut Statul modern caracterizat printr-un dublu proces: profesionalizarea şi responsabilitatea. Într-adevăr, apar, pe de-o parte, funcţionarii calificaţi şi, pe de altă parte, oamenii politici profesionişti, ambele categorii situându-se în planul unei etici profesionale al cărei corolar îl constituie disciplina şi responsabilitatea;

- în al treilea rând este vorba de o „mişcare de unificare" prin care se realizează un ansamblu articulat, născându-se astfel şi ideea că există o „comunitate fundamentală de aspiraţii (Naţiunea) care se situează pe un plan superior dincolo de divergenţele şi antagonismele care-i opun pe membrii societăţii. Transpunerea acestei unităţi constitutive la nivelul instituţionalizat al Statului înseamnă pentru membrii grupului social că fac parte dintr-un ansamblu inteligibil, coerent, raţional. Integrarea celor guvernaţi în această entitate care este Statul, ca membri consideraţi că pun în operă Puterea politică încarnată în Stat, semnifică acceptarea Statului ca îndeplinind funcţia de reprezentare.

Analiza (examinarea) Statului din unghiul de vedere instituţional permite articularea acestor trei dimensiuni (implantarea, diferenţierea şi unificarea) ale fenomenului statal, aceste dimensiuni fiind indisolubil legate între ele.

Studiul detaliat al organizării şi funcţionării puterilor publice (autorităţile publice) va constitui obiectul unei alte prezentări.

Capitolul III: Organizarea autorităţilor publice. Funcţionarea şi funcţiile acestora

1. Pentru a vorbi de organizarea autorităţilor (puterilor) publice trebuie să ne referim la funcţiile Statului care sunt în număr de trei: elaborarea legilor, punerea în aplicare a legilor şi soluţionarea diferendelor, adică funcţia legislativă, funcţia executivă şi funcţia jurisdicţională.

Statul, care este o construcţie, o instituţie care reprezintă o încarnare a unui principiu de ordine şi de coerenţă (unitate) ce stă la baza existenţei oricărei societăţi, constituie şi fundamentul unei autorităţi în virtutea căreia se exercită Puterea politică. Dar, Statul este o „formă de construcţie politică instituţionalizată", ceea ce înseamnă că exercitarea Puterii politice se realizează prin intermediul unor instituţii specializate care exercită anumite funcţii, aceste instituţii alcătuind „autorităţi publice" specializate pe domenii de activitate, exercitând aşadar, segmente ale Puterii publice în care se integrează. Este suficient ca să fie încredinţate cele trei funcţiuni ale Statului unor organe distincte pentru ca drepturile cetăţenilor să fie garantate. Într-adevăr, cu acest sistem instituţionalizat nu există riscul ca legiuitorul să adapteze legile la cazuri de speţă, nici ca administraţia să modifice legile pe care le aplică în funcţie de interesele sale. Fiecare categorie de organe fiind îngrădite de funcţiile pe care le exercită, puterea va limita puterea, se va asigura un echilibru în ceea ce priveşte funcţionalitatea Statului însuşi. Cu alte cuvinte, în locul noţiunii de „funcţiune" se foloseşte noţiunea de „putere"

necesară autorităţilor pentru a-şi putea îndeplini funcţiile ce le revin. Concepută ca un procedeu de repartizare a sarcinilor statale între cele trei categorii de organe statale (legislative, executive şi judecătoreşti) se realizează, în esenţă, o separaţie între puterile atribuite fiecăreia dintre ele, având drept rezultat o echilibrare şi control reciproc între ele. Puterile specializate sunt fracţiuni din „Puterea politică globală" care constituie trăsătura fundamentală a instituţiei Statului. Dar, acest principiu general al „separaţiei puterilor" în cadrul Statului nu trebuie înţeles (interpretat) în mod rigid, pentru că s-ar ajunge la un „sistem guvernamental inflexibil", în sensul că fiecare categorie de organe (legislative, executive, judecătoreşti) ar beneficia în mod absolut de delegarea parţială de putere ce-i revine nesuportând nici o altă influenţă, neacceptând nici un ajutor din partea celorlalte organe şi, în mod reciproc, interzicându-i-se colaborarea cu acestea, întrucât n-ar dispune de puterea necesară. Or, o asemenea concepţie rigidă despre principiul separării puterilor în Stat ar face din această construcţie un adevărat monstru politic neviabil (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1976, p. 144).

În realitate, într-o viziune mai largă (modernă) o atare concepţie rigidă a fost respinsă în mod categoric, principiul separaţiei puterilor fiind conceput ca fiind susceptibil de soluţii suple (flexibile) care permit diverselor organe statale să colaboreze între ele, ceea ce unii autori denumesc „o regulă de artă politică, de oportunitate şi de bună amenajare a puterilor publice" (Joseph Barthélemy).

Nu vom intra în detalii cu privire la evoluţiile parcurse în conceperea şi aplicarea în practică a principiului separării puterilor în stat pentru că ar

însemna să intrăm în analize prea subtile care nici nu interesează masa de cetăţeni obişnuiţi. Vom sublinia totuşi că practicile politice moderne pun accentul nu atât pe principiul separaţiei puterilor, cât pe formele de guvernământ care ar fi în număr de trei: una care se bazează pe punerea corectă în operă a principiului separării puterilor, asigurându-se astfel echilibrul şi colaborarea între puterea executivă şi cea legislativă (întrucât puterea executivă nu se limitează doar la aplicarea automată a legilor, ci are şi un rol de impulsionare a iniţiativei legislative şi chiar de a legifera), şi alte două forme de guvernământ care nu respectă o egalitate între puteri, în sensul că fie favorizează preeminenţa Adunării legislative asupra guvernării (regimul convenţional), fie stabilind preponderenţa executivului (regimul prezidenţial).

Potrivit art. 1 alin. 4 din Constituţia României „Statul se organizează potrivit principiului separaţiei şi echilibrului puterilor - legislativă, executivă şi judecătorească - în cadrul democraţiei constituţionale", adăugându-se, la alineatul 5 al acestui articol, că este instituită „supremaţia legilor". De asemenea, la art. 61 alin.1 se mai prevede că „Parlamentul este organul reprezentativ suprem… şi unica autoritate legiuitoare a ţării".

În ceea ce priveşte „Guvernul României", potrivit art. 102 din Constituţie, are rolul de a îndeplini, potrivit programului său de guvernare, realizarea politicii interne şi externe a ţării, exercitând şi conducerea generală a „administraţiei publice".

În exercitarea funcţiei sale, Guvernul adoptă hotărâri şi ordonanţe; hotărârile emiţându-se „în executarea legilor", iar ordonanţele, care au putere de lege, emiţându-se în „temeiul unei legi speciale" (art. 108 alin. 1 şi 2 din Constituţie).

Mai trebuie subliniat că Guvernul poate avea „iniţiativă legislativă", el exercitându-şi acest drept

sub forma unor proiecte de lege pe care le transmite Parlamentului (art. 74 alin. 1 şi 3 din Constituţie).

Deci, nu se mai poate vorbi de un guvern care ar avea în mod strict doar o funcţie subalternă de aplicare mecanică (automată) a legilor emise de Parlament, adică o „funcţie executivă", înţeleasă în sens restrâns, întrucât guvernului, ca organ politic, îi revine sarcina de a edicta reguli general obligatorii pentru cei guvernaţi, necesare realizării politicilor sale.

Funcţia guvernamentală, de altfel, se concepe şi trebuie înţeleasă ca incluzând şi activitatea de a legifera. Prin Constituţie, însă, prevăzându-se că Parlamentul este „unica autoritate legiuitoare a ţării", iar Guvernul este cel care „asigură realizarea politicii interne şi externe a ţării" în care scop „putând emite hotărâri privind organizarea executărilor legilor dar şi ordonanţe cu putere de lege", prin aceasta s-a trasat o linie de departajare, în sensul că Parlamentul nu are puterea de a exercita în totalitate funcţia de guvernare ci numai componenta de legiferare, o altă componentă a acestei funcţii constituind-o punerea în executare a legilor şi care se îndeplineşte prin emiterea de hotărâri judecătoreşti şi prin iniţiative legislative sub forma unor proiecte de legi, dar şi prin emiterea de ordonanţe cu putere de lege, în temeiul unei legi speciale de abilitare şi în condiţiile prevăzute de acestea.

Cu alte cuvinte, nu pot fi opuse, în mod rigid, activitatea de legiferare şi cea de guvernare. Bunul simţ, confirmat de practica politică, pune în evidenţă un adevăr, uşor perceptibil şi de înţeles, şi anume că a guverna înseamnă în primul rând a legifera (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1976, p. 146).

Deci, vechea diviziune rigidă între „puterea de a face legi” (puterea legislativă) şi „puterea de a guverna” (puterea executivă) s-a dovedit a fi anacronică, prin „guvernare” înţelegându-se, în primul rând a legifera, deci departajarea între activitatea de legiferare şi activitatea de punere în executare a legilor trebuie abordată într-o altă viziune, mai largă, în sensul că activitatea de guvernare are un conţinut bidimensional: legiferarea şi punerea în executare a legilor, între aceste două tipuri de activităţi existând întrepătrunderi, interrelaţii, influenţe reciproce.

De altfel, în Constituţia României nici nu se mai utilizează noţiunea de „putere” ci noţiunea de „autorităţi publice” în această unică categorie integrându-se: Parlamentul - capitolul 1; Preşedintele României - capitolul 2; Guvernul - capitolul 3; Autoritatea judecătorească - capitolul 6.

Remarcăm totuşi că nu este abandonat vechiul principiu al separaţiei puterilor în stat, întrucât prin Constituţia României sunt trasate graniţe clare între „autoritatea legislativă” - art. 61 alin. 1, „guvern”, care emite hotărâri pentru organizarea executării legilor - art. 108 alin. 2 şi „autoritatea judecătorească”, judecătorii fiind independenţi şi supunându-se numai legii - art. 124 alin.3. Mai trebuie să adăugăm faptul că în art. 80 care se referă la instituţia „Preşedintelui României”, care exercită o funcţie de mediere între autorităţile statului şi între stat şi societate, se foloseşte chiar termenul de „puteri ale statului” ca echivalent al noţiunii de „autorităţi ale statului”. Însă, această distincţie care se face între diferitele autorităţi ale Statului nu mai prezintă rigiditatea principiului „separaţiei puterilor în Stat”, astfel cum a fost el conceput iniţial ci este abordat într-o viziune mult mai largă şi flexibilă în sensul respectării unor

principii generale de control reciproc, echilibru şi colaborare.

Punctul de vedere critic referitor la principiul separării puterilor şi diferenţierea rigidă dintre funcţiile celor trei puteri (legislativă, executivă şi judecătorească) s-a fundamentat pe o analiză care se vrea a fi cât mai exactă a „practicilor politice moderne", concluziile trase nepenetrând încă în profunzime în concepţiile teoretice despre „formele de guvernare", principalele forme de guvernare fiind încă legate mai mult sau mai puţin de principiul tradiţional al separaţiei puterilor, legătură care, însă, devine tot mai puţin evidentă, pierzându-şi rigiditatea.

Formele de guvernământ concepute din acest nou unghi de vedere sunt în număr de trei: una dintre ele făcând o aplicare fermă a principiului separaţiei puterilor, prin care s-ar asigura atât echilibrul, controlul reciproc şi colaborarea între puterea legislativă şi puterea executivă, precum şi autonomia puterii judiciare, celelalte două nu mai respectă egalitatea între puteri, fie favorizând preponderenţa Adunării reprezentative asupra Guvernului (regimul convenţional), fie stabilind preponderenţa executivului (regimul prezidenţial), autorităţile judiciare păstrându-şi autonomia în ambele sisteme (G. Bourdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1976, p. 147 şi urm.). Este vorba de: Guvernarea parlamentară; Guvernarea Adunării reprezentative şi Regimul prezidenţial.

Guvernarea parlamentară este un regim politic care se supune unor principii suple a căror respectare este necesară pentru a merita calificarea de parlamentar. Una dintre virtuţile principale ale acestui sistem politic este marea sa adaptabilitate (P. Lalumière, A. Demichel, *Les régimes parlamentaires européens*, 1966). Este o formă de

regim reprezentativ în cadrul căruia conducerea treburilor publice aparţine Parlamentului şi Şefului Statului, prin intermediul Guvernului care este răspunzător în faţa Parlamentului. Acesta este sistemul politic adoptat prin Constituţia României, potrivit art. 102 alin. 1, Guvernul supune aprobării Parlamentului programul său de guvernare, iar în conformitate cu art. 109 alin. 1 „Guvernul răspunde politic numai în faţa Parlamentului pentru întreaga sa activitate".

Regimul convenţional (denumit şi „guvernare a Adunării generale") se bazează pe inegalitatea celor două puteri legislativă şi executivă. Autoritatea preponderentă este „Adunarea", executivul, în cazurile când acesta există, fiind redus la îndeplinirea unor sarcini pentru care adunarea nu le poate îndeplinii, membrii acesteia fiind prea numeroşi pentru asemenea lucruri. Executivul nu va acţiona decât prin „delegare a unui membru al adunării". Deci, executivul este la discreţia reprezentanţilor naţiunii care îi numeşte pe cei ce îndeplinesc astfel de sarcini şi îi revocă după bunul său plac.

Regimul prezidenţial este cel care asigură un maxim de independenţă celor trei puteri (legislativă, executivă şi judecătorească), realizând cea mai completă separare a lor. Acest regim politic se caracterizează prin trei trăsături esenţiale: alegerea Şefului de Stat de către naţiune, ceea ce-i asigură acestuia un prestigiu echivalent cu cel al Parlamentului; lipsa oricărui mijloc de presiune a fiecărei puteri asupra alteia (Parlamentul nu poate răsturna Guvernul); o strictă repartizare a sarcinilor, legiferarea fiind rezervată Camerelor Parlamentului, iar executarea Preşedintelui.

Nu intrăm în amănunte, în această privinţă, cei interesaţi de analize profunde având la dispoziţie numeroase lucrări de specialitate dedicate acestei teme.

2. În cele ce urmează vom face o prezentare rezumativă a modului în care sunt organizate şi funcţionează autorităţile publice din România, potrivit Constituţiei României.

Titlul III din Constituţie, partea cea mai consistentă, este consacrat reglementării „autorităţilor publice".

a) La capitolele 1-4 sunt reglementate: Parlamentul; Preşedintele României; Guvernul.

b) La capitolul 5 este reglementată Administraţia publică.

c) La capitolul 6 este reglementată Autoritatea judecătorească.

Deci, avem de-a fac cu o împărţire tripartită a „autorităţilor publice", corespunzătoare celor trei puteri publice tradiţionale: legiuitorul, executivul şi puterea judecătorească.

A. *Din punct de vedere al organizării acestor trei categorii de „autorităţi publice",* adică cel structural,

a) *Parlamentul*, care este „organul reprezentativ suprem al poporului român şi unica autoritate legiuitoare a ţării (art. 61 alin. 1)", este alcătuit din Camera Deputaţilor şi Senat (art. 61 alin. 2).

b) *Preşedintele României* este instituţia care reprezintă Statul român şi este garantul independenţei naţionale, al unităţii şi al integrităţii teritoriale a ţării (art. 80 alin. 1).

c) *Guvernul*, care asigură realizarea politicii interne şi externe a ţării, potrivit programului său de guvernare (art. 102 alin. 1), este alcătuit din

prim-ministru, miniştrii şi alţi membrii stabiliţi prin „lege organică” (prin legi organice reglementându-se, printre altele, organizarea Guvernului şi a Consiliului Suprem de Apărare a ţării - art. 73 alin.3 lit. e).

d) *Administraţia publică* este un organism executiv complex organizat atât la nivel central, cât şi la nivel local: „Administraţia publică centrală de specialitate” şi „Administraţia publică locală”.

x) *Administraţia publică centrală de specialitate* include: „ministerele” care se organizează numai în subordinea Guvernului (art. 116 alin. 1), precum şi „organe de specialitate” care se pot organiza în subordinea Guvernului ori a ministerelor sau ca autorităţi administrative autonome (art. 116 alin. 2).

xx) *Administraţia publică locală* este alcătuită din „unităţi administrativ-teritoriale care se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale şi deconcentrării serviciilor publice” (art. 120 alin. 1).

În această categorie de autorităţi ale administraţiei publice locale se încadrează: „consiliile locale” şi „primarii” care funcţionează ca autorităţi administrative autonome ce rezolvă treburile publice din oraşe şi comune (art. 121 alin. 1 şi 2).

e) *Autoritatea judecătorească* este un ansamblu de organisme şi anume: Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie şi celelalte instanţe judecătoreşti, care înfăptuiesc justiţia; Consiliul Superior al Magistraturii, care este garantul independenţei justiţiei şi Ministerul Public, care-şi exercită atribuţiile prin procurori constituiţi în parchete în condiţiile legii (art. 1 din Constituţia României).

Justiţia se realizează prin următoarele instanţe judecătoreşti: Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie; Curţi de Apel; Tribunale; Tribunale specializate; Instanţe militare; Judecătorii (art. 2 din Legea 304/2004).

Consiliul Superior al Magistraturii este alcătuit din 19 membrii aparţinând următoarelor categorii (art. 3 din Legea nr. 317/2004):

- 9 judecători şi 5 procurori, aleşi în adunările generale ale judecătorilor şi procurorilor;

- 2 reprezentanţi ai societăţii civile, specialişti în domeniul dreptului care se bucură de înaltă reputaţie profesională şi morală, aleşi de Senat;

- preşedintele Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie (membru de drept);

- ministrul justiţiei (membru de drept);

- procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie (membru de drept).

Ministerul Public îşi exercită atribuţiile prin procurori constituiţi în „parchete" care funcţionează pe lângă instanţele de judecată: Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie; Parchetele de pe lângă Curţile de Apel; Parchetele de pe lângă tribunale; Parchetele de pe lângă judecătorii (art. 131 alin. 2 şi 3 din Constituţie).

B. *Din punct de vedere al funcţiilor şi funcţionalităţii „autorităţilor publice"*, sunt de reţinut următoarele:

a. *Parlamentul* este unica autoritate legiuitoare a ţării (art. 61 alin. 1 din Constituţia României).

Camera Deputaţilor şi Senatul sunt alese prin vot universal, direct, secret şi liber exprimat potrivit legii electorale (art. 62 alin. 1 din Constituţie).

Camera Deputaţilor şi Senatul sunt alese pe un mandat de 4 ani (art. 63 alin. 1 din Constituţie).

Organizarea şi funcţionarea Camerei Deputaţilor şi a Senatului se stabilesc prin regulament propriu, resursele financiare ale acestora fiind prevăzute în bugetele aprobate de ele (art. 64 alin. 1 din Constituţie).

Camera Deputaţilor şi Senatul îşi aleg fiecare un birou permanent (art. 64 alin. 2 fraza 1 din Constituţie).

Preşedinţii Camerei Deputaţilor şi Senatului se aleg pe durata mandatului Camerelor, iar ceilalţi membrii ai birourilor permanente sunt aleşi la începutul fiecărei sesiuni (Camera Deputaţilor şi Senatul întrunindu-se în două sesiuni ordinare pe an) (art. 64 alin. 2, fraza 2, şi, respectiv, art. 66 alin. 1 din Constituţie).

De asemenea, Camera Deputaţilor şi Senatului se pot organiza în grupuri parlamentare, potrivit regulamentului fiecărei Camere (art. 64 alin. 3 din Constituţie).

Camera Deputaţilor şi Senatul îşi constituie şi comisii permanente şi pot institui comisii de anchetă sau alte comisii speciale. Cele două Camere îşi pot constitui, de asemenea, comisii comune (art. 46 alin. 4 din Constituţie).

Camerele lucrează în şedinţe separate, dar şi în şedinţe comune (potrivit unui regulament adoptat cu votul majorităţii deputaţilor şi senatorilor pentru: primirea mesajelor Preşedintelui României, aprobarea bugetului de stat şi bugetul asigurărilor sociale de stat; declararea mobilizării totale sau parţiale; declararea stării de război; suspendarea sau încetarea ostilităţilor militare; aprobarea strategiei naţionale a ţării; examinarea rapoartelor Consiliului Suprem de Apărare a ţării; numirea, la propunerea Preşedintelui României, a directorilor serviciilor de informaţii şi exercitarea controlului

asupra activităţii acestor servicii; numirea Avocatului Poporului; stabilirea statutului deputaţilor şi al senatorilor, stabilirea indemnizaţiei şi a celorlalte drepturi ale acestora; îndeplinirea altor atribuţii care, potrivit Constituţiei sau regulamentului se exercită în şedinţă comună), (art. 65 din Constituţie).

Camera Deputaţilor şi Senatul se întrunesc în două sesiuni extraordinare pe an, dar se pot întruni şi în sesiuni extraordinare, la cererea Preşedintelui României, a biroului permanent al fiecărei Camere ori cel puţin o treime din numărul deputaţilor şi senatorilor (art. 66 din Constituţie).

În exercitarea mandatului, deputaţii şi senatorii sunt în serviciul poporului (art. 69 alin. 1 din Constituţie). Deputaţii şi senatorii se bucură de „imunitate parlamentară", ei neputând fi traşi la răspundere juridică (de orice fel: civilă, penală, administrativă, disciplinară) pentru voturile sau pentru opiniile politice exprimate în exercitarea mandatului (art. 72 alin. 1 din Constituţie).

Tot în legătură cu „imunitatea parlamentară", în cadrul aceluiaşi articol (art. 72), în Constituţia României se mai prevăd următoarele:

„Deputaţii şi senatorii pot fi urmăriţi şi trimişi în judecată penală pentru fapte care nu au legătură cu voturile sau cu opiniile politice în exercitarea mandatului, dar nu pot fi percheziţionaţi, reţinuţi sau arestaţi fără încuviinţarea Camerei din care fac parte, după ascultarea lor. Urmărirea şi trimiterea în judecată penală se pot face numai de către Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie. Competenţa de judecată aparţine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie" (art. 72 alin. 2 din Constituţie).

„În caz de infracţiune flagrantă, deputaţii sau senatorii pot fi reţinuţi şi supuşi percheziţiei. Ministrul justiţiei îl va informa neîntârziat pe

preşedintele Camerei asupra reţinerii şi a percheziţiei. În cazul în care Camera sesizată constată că nu există temei pentru reţinere, va dispune imediat revocarea acestei măsuri" (art. 72 alin. 3 din Constituţie).

În opinia noastră, prevederile art. 72 alin. 2 şi 3 din Constituţie sunt discutabile întrucât sunt de natură să genereze confuzii în ceea ce priveşte principiul autonomiei autorităţii judecătoreşti în cadrul căreia sunt incluse atât instanţele de judecată care sunt independente şi se supun numai legii (art. 124 alin. 3 din Constituţie), cât şi parchetele care funcţionează pe lângă instanţele de judecată, reprezentând interesele generale ale societăţii, apărând ordinea de drept, precum şi drepturile şi libertăţile cetăţenilor (art. 131 din Constituţie).

Mai trebuie subliniate atât prevederile art. 124 alin. 2 din Constituţie potrivit cărora „Justiţia este unică, imparţială şi egală pentru toţi", cât şi prevederile art. 131 alin.1 din care rezultă că „procurorii participă (pe picior de egalitate), alături de judecători, la înfăptuirea actului de justiţie" care este unic, imparţial şi egal pentru toţi (art. 124 alin. 2) şi se înfăptuieşte în numele legii (art. 124 alin. 1), atât judecătorii, cât şi procurorii apărând ordinea de drept (art. 124 alin. 1 şi 3 şi art. 131 alin. 1).

Prin art. 1 alin. 4 din Constituţia României este consacrat principiul fundamental al „separaţiei şi echilibrului puterilor - legislativă, executivă şi judecătorească - în cadrul democraţiei constituţionale".

Prin art. 16 al Constituţiei este consacrat un alt principiu fundamental, acela al egalităţii cetăţenilor în faţa legii şi a autorităţilor publice, fără privilegii şi fără discriminări.

În sfârşit, prin art. 124 şi 131 ale Constituţiei este consacrat un alt principiu fundamental potrivit căruia justiţia este unică, imparţială şi egală pentru toţi şi se exercită de judecători şi procurori care se supun doar legii, apărând ordinea de drept.

Comparând aceste principii fundamentale: separaţia şi echilibrul puterilor (legislativă, executivă şi judecătorească); egalitatea cetăţenilor în faţa legilor şi a autorităţilor publice, fără privilegii şi fără discriminări şi autonomia judecătorilor şi procurorilor în exercitarea actului de justiţie, cu prevederile art. 72 alin. 2 şi 3 din Constituţie, apare evident că prin aceste din urmă dispoziţii sunt deturnate (ocolite) toate cele trei principii fundamentale sus-menţionate întrucât Parlamentul, care are doar funcţia de a legifera (conform art. 62 alin. 1 din Constituţie) nu este autorizat să intervină în realizarea funcţiei care, potrivit Constituţiei, revine puterii judecătoreşti.

Dacă este perfect justificat principiul „imunităţii parlamentare", atunci când este vorba de voturile şi opiniile politice exprimate, în exercitarea mandatului de către deputaţi şi senatori, atunci când este vorba de comiterea unor infracţiuni de drept comun nu se mai vede care ar fi justificarea sau chiar corectitudinea extinderii principiului „imunităţii parlamentare" şi la această categorie de politicieni care încalcă legile ţării pe care tot ei sunt chemaţi să le elaboreze. Iar, Camera Deputaţilor şi Senatul, în mod cert, îşi depăşesc limitele atribuţiilor ce le revin în calitate de componente ale organului de legiferare, atunci când fac aprecieri cu privire la temeinicia unor acte care sunt specifice funcţiei jurisdicţionale cum sunt reţinerea sau percheziţia sau revocarea acestor măsuri.

Este de înţeles că atunci când avem de-a face cu parlamentari care alcătuiesc organul reprezentativ suprem al poporului român

(Parlamentul) să fie luate toate precauţiile pentru ca aceste persoane de rang înalt să fie protejate în mod deosebit împotriva abuzurile şi imixtiunilor de tot felul, inclusiv celor de natură jurisdicţională, dar aceasta nu înseamnă nicidecum că s-ar justifica în vreun fel oarecare o suprapunere (o imixtiune) a unor autorităţi publice în atribuţiile constituţional delimitate a altor autorităţi publice, cum este cazul autorităţii legiuitoare care se implică în activităţi specifice autorităţii (puterii) jurisdicţionale care include şi activitatea de urmărire penală. De altfel, este de neînţeles ca parlamentarii care îndeplinesc o funcţie legislativă să-şi piardă vremea cu activităţi pentru realizarea căreia, constituţional, există o altă autoritate (putere) specializată, egală, sub aspectul exercitării unei puteri publice, şi nesubordonată autorităţii (puterii) legislative.

De altfel, protecţia specială a parlamentarilor, sub aspectul competenţei şi corectitudinii actelor de urmărire penală şi de judecată este asigurată (garantată) prin faptul că exercitarea unor atare activităţi, atunci când este vorba de parlamentari, a fost încredinţată Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, iar activitatea de judecată aparţine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, adică organelor din vârful piramidei activităţilor jurisdicţionale, neputându-se pune în balanţă înalta competenţă a acestora, în această materie, incomparabilă cu cea exercitată de parlamentari, sub acest aspect, fără a mai vorbi de anomalia exercitării unor activităţi specific jurisdicţionale, de persoane nespecializate şi neavând competenţa, experienţa, aptitudinile şi eficienţa celor specializate.

În consecinţă şi pentru aceste motive considerăm că această „situaţie constituţională anormală” ar trebui să facă obiectul procedurii de „revizuire a Constituţiei”, consacrată prin art. 150-152 din Constituţia României, fiind vorba de o

anomalie care este de natură să afecteze buna funcţionare a autorităţilor publice.

Un rol în declanşarea procedurii de revizuire a Constituţiei revine şi cetăţenilor înseşi pentru că politica nu este un atribut exclusiv al politicienilor care nu sunt decât reprezentanţi ai poporului (art. 61 alin. 1 din Constituţie) şi trebuie să se supună voinţei poporului (art. 69 alin. 1 din Constituţie).

De altfel, la art. 150 alin. 2 din Constituţie se prevede expres că cetăţenii pot iniţia revizuirea Constituţiei. Dar, acest drept de iniţiere a revizuirii Constituţiei de către cetăţeni este supus unor condiţionalităţi de exercitare de natură cantitativă (cetăţeni provenind din cel puţin jumătate din judeţele ţării sau 20000 semnături în cazul când iniţiativa provine dintr-un judeţ sau municipiul Bucureşti), care constituie un obstacol în calea iniţierii procedurii de un număr mai mic de cetăţeni dar care pe fond ar fi întemeiate şi justificate.

b) *Preşedintele României* reprezintă Statul român şi este garantul independenţei naţionale, al unităţii şi al integrităţii teritoriale a ţării (art. 80 alin. 1 din Constituţie).

Preşedintele României veghează la respectarea Constituţiei şi la „buna funcţionare a autorităţilor publice", în care scop „exercită funcţia de mediere între puterile statului, precum şi între stat şi societate" (art. 80 alin. 2 din Constituţie).

În regimul parlamentar, aşa cum este şi regimul politic din România, organizarea puterii executive este condiţionată de o logică a sistemului (regimul parlamentar) care implică dualitatea organelor executive: instituţia prezidenţială şi guvernul. Existenţa unui şef de stat, distinct de guvern, se justifică prin raţiuni dictate de natura însăşi a acestui regim (parlamentar). Mai întâi, această diviziune permite

asigurarea egalităţii între executiv şi Parlament căci se opune situaţiei în care un ministru să se afle sub dependenţa totală a adunărilor (parlamentare), lăsându-i-se acestuia facultatea de a apela la şeful de stat care l-ar putea susţine dizolvând Parlamentul. Apoi, dualitatea executivului face posibilă, în persoana şefului de stat, existenţa unui element de neresponsabilitate şi în consecinţă de „stabilitate", care se încarnează în „permanenţa statului". Această stabilitate nu poate fi cerută nici de la un Parlament supus reînnoirii periodice, nici guvernului care trebuie să guverneze în cadrul unui acord realizat între vederile majorităţii parlamentare sau să se retragă atunci când nu se mai bucură de încredere (art. 109 alin. 1, art. 110 alin. 2 şi art. 114 alin. 2 din Constituţie). Cu alte cuvinte, nu se poate reţine o preponderenţă între Parlament şi Preşedintele republicii, deoarece în acest sistem politic parlamentar guvernul rămâne în dependenţa Parlamentului care îl poate demite (art. 110 alin. 2 şi art. 114 alin. 2 din Constituţie), dar se află şi în dependenţa Preşedintelui României, căreia îi datorează existenţa, Preşedintele fiind acela care desemnează un candidat pentru funcţia de prim-ministru şi numeşte Guvernul pe baza votului de încredere acordat de Parlament (art. 85 alin. 1 din Constituţie). Această situaţie pune problema autenticităţii bicefalismului (dualităţii executivului).

Într-adevăr, prin Constituţia României, a fost consacrată (constituţional - art. 107) instituţia „primului ministru" ca fiind primul colaborator indispensabil al şefului de stat (preşedintele României), întrucât îl descarcă pe şeful de stat de masa enormă de treburi administrative, exercitând o „funcţie directoare", adică guvernamentală (H. Capitant, *Notre République*, 1963).

Trăsătura caracteristică a guvernului rezidă în faptul că nu emană direct din Parlament, Preşedintele României fiind cel care desemnează un candidat pentru funcţia de prim-ministru şi numeşte Guvernul pe baza votului de încredere acordat de Parlament (art. 85 alin. 1 din Constituţie). Fără îndoială că Preşedintele României ţine seama, în alegerea sa, de situaţia parlamentară, dar aceasta este o chestiune de oportunitate la care răspunde în mod liber.

De reţinut şi faptul că totuşi pentru a fi numit de Preşedintele României, Guvernul are nevoie să obţină în Parlament un vot de încredere.

Apoi, mai trebuie subliniat faptul că programul şi lista Guvernului se dezbat în Camera Deputaţilor şi Senat, în şedinţă comună, iar votul de încredere se obţine cu votul majorităţii deputaţilor şi senatorilor (art. 103 alin. 2 şi 3 din Constituţie), primul ministru fiind răspunzător (politic) în faţa Parlamentului, nu a Preşedintelui României (art. 109 alin. 1 din Constituţie). De asemenea, Preşedintele României nu îl poate revoca pe primul-ministru (art. 107 alin. 2 din Constituţie), Guvernul putând fi demis prin retragerea încrederii acordate de Parlament (art. 110 alin. 2 din Constituţie).

În privinţa modului de funcţionare şi funcţiilor exercitate de „instituţia prezidenţială” (preşedintele nu-şi exercită atribuţiile în calitate de persoană fizică, ci acţionează ca o „instituţie reprezentativă a statului”, integrată în „ansamblul autorităţilor publice”), trebuie reţinute următoarele aspecte:

- Preşedintele României este ales prin vot universal, egal, direct, secret, liber exprimat (art. 81 alin. 1 din Constituţie);

- rezultatul alegerilor pentru funcţia de Preşedinte al României se validează de Curtea

Constituţională (art. 82 alin. 1 din Constituţie);

- Preşedintele României desemnează un candidat pentru funcţia de prim-ministru şi numeşte Guvernul pe baza votului de încredere acordat în Parlament (art. 85 alin. 1 din Constituţie).

Dar, Preşedintele României are, la rândul său, o prerogativă în legătură cu situaţia în care Parlamentul ar refuza acordarea votului de încredere pentru formarea Guvernului şi anume aceea de a dizolva Parlamentul, dar numai după respingerea a cel puţin două solicitări şi numai o singură dată pe an (art. 89 alin. 1 şi 2 din Constituţie).

- Preşedintele României poate consulta Guvernul cu privire la probleme urgente şi de importanţă deosebită (art. 86 din Constituţie) şi poate lua parte la şedinţele Guvernului în care se dezbat probleme de interes naţional privind politica externă, apărarea ţării, asigurarea ordinii publice, dar şi cu privire la alte situaţii, însă, de data aceasta, la cererea primului ministru (art. 87 alin. 1 din Constituţie).

- Preşedintele României poate adresa Parlamentului mesaje cu privire la principalele probleme politice ale naţiunii (art. 88 din Constituţie).

- Preşedintele României, după consultarea Parlamentului României, poate cere poporului să-şi exprime, prin referendum, voinţa cu privire la probleme de interes naţional (art. 90 din Constituţie). Textul este, evident, deficitar, prin aceea că nu se prevede obligativitatea Parlamentului ca într-un anumit termen (rezonabil) să emită o lege constituţională, organică sau ordinară de aplicare a celor stabilite pe calea referendumului.

Cele de mai sus se referă la funcţionalitatea instituţiei prezidenţiale.

În privinţa funcţiilor Preşedintelui României, în Constituţie sunt prevăzute patru astfel de categorii de funcţiuni (atribuţii): atribuţii în domeniul politicii externe (art. 91); atribuţii în domeniul apărării (art. 92); măsuri excepţionale (art. 93) şi alte atribuţii (art. 94).

c) *Guvernul*, cea de-a doua componentă a „Puterii executive", alături de instituţia „Preşedintele României" are rolul de a asigura realizarea politicii interne şi externe a ţării şi exercită conducerea generală a administraţiei publice (art. 102 alin. 1 din Constituţie).

Din punct de vedere structural, prin Constituţia României a fost consacrată (constituţional), instituţia „primului ministru" care conduce Guvernul şi coordonează activitatea membrilor acestuia (ai Guvernului), respectând atribuţiile ce la revin (art. 107 alin. 1 din Constituţie).

Ministerele sunt cuprinse în categoria „administraţiei publice" (administraţia publică centrală de specialitate - capitolul 5, secţiunea 1 din Constituţie).

Ministerele se organizează numai în subordinea Guvernului, spre deosebire de alte organe de specialitate care se pot organiza în subordinea Guvernului ori a ministerelor sau ca autorităţi administrative autonome (art. 116 din Constituţie).

Primul-ministru nu mai poate fi calificat ca fiind preşedintele consiliului de miniştrii (aşa cum se întâmpla în trecut), pentru că această funcţiune în stat este exercitată de instituţia „Preşedintelui României", dar nici nu poate fi considerat ca fiind situat pe acelaşi plan cu miniştrii, pentru că are competenţe proprii, fiind principalul colaborator al Preşedintelui României, pe care îl degrevează de

masa zdrobitoare de treburi publice care trebuie îndeplinite. Prin această modificare a structurilor guvernamentale se tinde la introducerea unei ierarhii între miniştrii după modelul celei existente în Anglia.

Raporturile speciale existente între Preşedintele României şi primul-ministru şi membrii Guvernului rezultă din faptul că Preşedintele României desemnează un candidat pentru funcţia de prim-ministru şi numeşte Guvernul, pe baza votului de încredere acordat de Parlament (art. 85 alin. 1 din Constituţie), dar şi din relaţiile care sunt stabilite între Preşedintele României şi Guvern: consultarea Guvernului în privinţa problemelor urgente şi de importanţă deosebită, participarea la şedinţele Guvernului în care se dezbat probleme de interes naţional (art. 86 şi 87 din Constituţie).

Sub raport funcţional, Guvernul îşi exercită funcţiile ce-i revin (prin actul de guvernare) prin adoptarea de hotărâri şi ordonanţe (art. 108 alin. 1 din Constituţie).

Hotărârile se emit pentru organizarea executării legilor, iar ordonanţele se emit în temeiul unei legi speciale de abilitare, în limitele şi condiţiile prevăzute de aceasta (art. 108 alin. 3 şi 4 din Constituţie).

În cazul ordonanţelor Guvernului este vorba de o „delegare legislativă” (art. 115 alin. 1 din Constituţie).

În caz de situaţii extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, Guvernul poate adopta „ordonanţe de urgenţă”, având obligaţia de a motiva urgenţa în cuprinsul acestora (art. 115 alin. 4 din Constituţie). Ordonanţele de urgenţă intră, însă, în vigoare numai după depunerea lor spre dezbatere şi aprobare, în regim de urgenţă, la Camera deputaţilor sau Senat (după competenţa

fiecăreia dintre ele). Aceasta, spre deosebire de ordonanţele ordinare care se supun aprobării Parlamentului, numai dacă prin legea de abilitare se prevede acest lucru (art. 115 alin. 2, 4 şi 5 din Constituţie).

Ceea ce trebuie reţinut, în ceea ce priveşte activitatea desfăşurată de Guvern, este o particularitate, consacrată prin Constituţia României, care constă în extensia puterii de reglementare recunoscută Guvernului. Delegarea, de către Parlament, către Guvern, a puterii sale de legiferare, este formal şi explicit prevăzută prin art. 115 din Constituţie. De aici, rezultă o atenuare considerabilă a principiului potrivit căruia, Guvernul, ca putere executivă, nu ar avea decât atribuţii subalterne, acelea de organizare a aplicării legilor şi chiar pentru a aprecia inadecvarea conţinutului art. 61 alin.1 din Constituţia României potrivit căruia „Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a ţării" (text prea rigid, avându-se în vedere cele de mai sus).

d) *Administraţia publică* este o „subcomponentă a executivului" (în compunerea căreia se integrează: Preşedintele României, Guvernul şi organele centrale şi locale ale administraţiei publice).

Sub aspect structural este vorba de două nivele de organizare a administraţiei publice: „administraţia publică centrală de specialitate" (capitolul 5, secţiunea 1, art. 116-119 din Constituţie) şi „administraţia publică locală" (capitolul 5, secţiunea 2, art. 120-123).

Administraţia publică centrală de specialitate este constituită din „ministere", care se organizează în subordinea Guvernului (art. 116 alin. 1 din Constituţie) şi „alte organe de specialitate", care se pot organiza fie în subordinea Guvernului ori a ministerelor, fie ca autorităţi

administrative autonome (art. 116 alin. 2 din Constituţie).

Administraţia publică locală este constituită din unităţi administrativ-teritoriale care se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale şi deconcentrării serviciilor publice (art. 120 alin. 1 din Constituţie).

Autonomia locală se realizează de „autorităţi ale administraţiei publice din comune şi oraşe", care sunt: „consiliile locale" şi „primarii" aleşi în condiţiile legale (art. 121 alin. 1 din Constituţie).

Sub aspect funcţional, consiliile locale şi primăriile funcţionează ca autorităţi administrative autonome care rezolvă treburile publice din comune şi oraşe (art. 121 alin.2 din Constituţie).

La nivel judeţean, funcţionează „consilii judeţene" care sunt autorităţi ale administraţiei publice locale ce coordonează activităţile consiliilor comunale şi orăşeneşti, în vederea realizării serviciilor publice de interes judeţean (art. 122 alin. 1 din Constituţie).

La nivel local funcţionează şi o componentă a Guvernului şi anume „Prefectul" care este numit de Guvern în fiecare judeţ şi în municipiul Bucureşti. Acesta este reprezentantul Guvernului şi conduce serviciile publice deconcertate ale ministerelor şi celorlalte organe ale administraţiei publice centrale din unităţile administrativ-teritoriale (art. 123 alin. 1 şi 2 din Constituţie).

Între prefecţi, pe de-o parte, şi consiliile locale şi primari, precum şi consiliile judeţene şi preşedinţii acestora, pe de altă parte, există relaţii de colaborare, neexistând raporturi de subordonare. Totuşi, prefectul poate ataca, în faţa instanţei de contencios administrativ, actele consiliilor judeţene, consiliilor locale sau ale primarilor, în cazul când se consideră că aceste

acte ar fi nelegale, actele atacate fiind suspendate de drept (art. 123 alin. 4 şi 5 din Constituţie).

e) *Autoritatea judecătorească*, reprezintă o categorie de organe ale Statului cărora le revine sarcina de a rezolva toate situaţiile conflictuale dintre persoanele particulare, precum şi cele dintre persoanele particulare şi autorităţile publice (art. 1 alin. 4 din Constituţie).

Organele jurisdicţionale înfăptuiesc justiţia în numele legii, judecătorii fiind independenţi şi supunându-se numai legii, iar justiţia este imparţială şi egală pentru toţi (art. 124 din Constituţie). De asemenea, funcţia de judecător este incompatibilă cu orice altă funcţie publică sau privată, cu excepţia funcţiilor didactice din învăţământul superior (art. 125 alin. 3 din Constituţie).

Magistraţii (judecătorii şi procurorii) nu pot face parte din partidele politice (art. 40 alin. 3 din Constituţie), tocmai pentru a se asigura deplina lor independenţă şi imparţialitate, în exercitarea actului de justiţie.

Din punct de vedere structural actul de justiţie se înfăptuieşte prin înalta Curte de Casaţie şi Justiţie şi celelalte instanţe judecătoreşti stabilite prin lege, adică: curţile de apel, tribunalele şi judecătoriile (art. 1 din Legea nr. 304/2004).

Dar, la înfăptuirea actului de justiţie participă şi o altă categorie de jurişti, în afară de judecători, şi anume „procurorii" organizaţi în parchete pe lângă instanţele de judecată (art. 4 alin. 2 din Legea nr. 304/2004).

Deci, procurorii constituie o categorie de magistraţi, separată de cea a judecătorilor, deşi statutele lor juridice conţin elemente similare. De altfel, în Constituţia României, în cadrul capitolului 6, consacrat „autorităţii judecătoreşti",

instanţele judecătoreşti sunt tratate separat de Ministerul Public care reprezintă interesele generale ale societăţii şi apără ordinea de drept, precum şi drepturile şi libertăţile cetăţenilor, atribuţiile acestuia exercitându-se prin procurori constituiţi în parchete (art. 126 şi, respectiv, art. 131 din Constituţie, primul text fiind integrat în secţiunea 1 a capitolului 6, iar cel de-al doilea în secţiunea 2 din acelaşi capitol).

Diferenţierea dintre judecători şi procurori rezultă şi din dimensiunea mai amplă a sferei de activitate a procurorilor care, veghind la respectarea ordinii de drept şi apărarea drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, nu se limitează doar la participarea alături de judecători la îndeplinirea actului de justiţie (soluţionarea cauzelor conflictuale, conform legii), dar Ministerul Public, în calitate de reprezentant al intereselor generale ale societăţii şi apărător al ordinii de drept, efectuează şi urmărirea penală, sesizând instanţele judecătoreşti pentru judecarea cauzelor penale potrivit legii, acţionează pentru prevenirea şi combaterea criminalităţii, verifică respectarea legii la locurile de deţinere, exercită căile de atac împotriva hotărârilor judecătoreşti şi alte atribuţii prevăzute de lege (art. 63 din Legea nr. 304/2004).

Din punct de vedere funcţional, atât instanţele de judecată, cât şi parchetele de pe lângă instanţele de judecată sunt independente şi se supun numai legii (art. 124 alin. 3 din Constituţie şi, respectiv, art. 62 alin. 4 din Legea nr. 304/2004).

De subliniat că în Legea nr. 304/2004 privitoare la organizarea judiciară, atribuţiile care revin procurorilor sunt enumerate în cadrul titlului III consacrat „Ministerului Public", instituţie care-şi exercită aceste atribuţii sub conducerea procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie (art. 62 alin. 1 din Legea nr. 304/2004).

În Constituţie, la art. 131 alin. 2, se prevede, de asemenea, că Ministerul Public „îşi exercită atribuţiile prin procurori constituiţi în parchete". Cu alte cuvinte Ministerul Public ar fi o „autoritate publică" constituită, din punct de vedere structural, din parchete care funcţionează pe lângă diferitele instanţe de judecată (art. 131 alin. 3 din Constituţie). Însă, parchetele sunt constituite şi funcţionează şi pe baza „principiului subordonării ierarhice", procurorii din fiecare parchet fiind subordonaţi conducătorului parchetului respectiv, iar conducătorul fiecărui parchet fiind subordonat conducătorului parchetului ierarhic superior, până la nivelul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, care coordonează activitatea parchetelor din subordine, fiind condus de „procurorul general", acesta reprezentând „Ministerul Public" şi „exercitând, direct sau prin procurori anume desemnaţi, controlul asupra tuturor parchetelor (art. 62 alin.1, art. 65 alin. 1 şi 2, art. 70 alin. 1 şi 2, art. 71 alin. 1 şi art. 72 din Legea nr. 304/2004).

Din textele sus-menţionate rezultă că de fapt denumirea de „Minister Public" desemnează doar o funcţie care se exercită prin Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, instituţie care este condusă de procurorul general, nefiind vorba de un minister propriu-zis care ar intra în componenţa Guvernului, cum este Ministerul Justiţiei.

O subliniere specială trebuie făcută în legătură cu instituţia „Curţii Constituţionale" care nu se integrează în sistemul organelor jurisdicţionale propriu-zise, deşi judecătorii Curţii Constituţionale sunt, de asemenea, „independenţi în exercitarea mandatului lor şi inamovibili pe durata acestuia" (art. 145 din Constituţie).

Motivul pentru care a fost creată această instituţie jurisdicţională specială, diferită de

instanţele de judecată obişnuite, rezultă din necesitatea resimţită în societate de a fi asigurată respectarea regulilor constituţionale de către puterea legislativă şi executivă, instanţele de judecată ordinare exercitând doar un control de legalitate al actelor executivului.

Principiul superiorităţii legilor constituţionale ar rămâne un cuvânt gol de conţinut dacă acestea ar putea fi încălcate de organele de stat, inclusiv de legiuitor.

Aşa a apărut necesitatea organizării unei activităţi de control al „constituţionalităţii legilor".

În dreptul constituţional comparat au fost propuse trei tipuri de soluţionare a problemei constituţionalităţii legilor: controlul exercitat de un corp politic (organ politic); controlul exercitat de un organ jurisdicţional sau absenţa oricărui control.

În România a fost consacrat sistemul controlului constituţionalităţii printr-un organ jurisdicţional „Curtea Constituţională" compusă din nouă judecători: trei fiind numiţi de Camera Deputaţilor, trei de Senat şi trei de Preşedintele României (art. 142 alin. 2 şi 3 din Constituţie), judecătorii Curţii Constituţionale trebuind să aibă pregătire juridică superioară, înaltă competenţă profesională şi o vechime de cel puţin 18 ani în activitatea juridică sau în învăţământul juridic superior (art. 143 din Constituţie).

La art. 146 din Constituţie sunt enumerate atribuţiile Curţii Constituţionale şi anume: se pronunţă asupra constituţionalităţii legilor, înainte de promulgarea acestora; asupra constituţionalităţii tratatelor sau al acordurilor internaţionale; asupra constituţionalităţii regulamentelor Parlamentului; asupra excepţiilor de neconstituţionalitate privind legile şi ordonanţele, ridicate în faţa instanţelor judecătoreşti sau de arbitraj comercial;

soluţionează conflictele juridice de natură constituţională dintre autorităţile publice; veghează la respectarea procedurii pentru alegerea Preşedintelui României şi confirmă rezultatele sufragiului; constată existenţa împrejurărilor care justifică interimatul în exercitarea funcţiei de Preşedinte al României şi comunică cele constatate Parlamentului României; dă aviz consultativ pentru propunerea de suspendare din funcţie a Preşedintelui României; veghează la respectarea procedurii pentru organizarea şi desfăşurarea referendumului şi confirmă rezultatele acestuia; verifică îndeplinirea condiţiilor pentru exercitarea iniţiativei legislative de către cetăţeni; hotărăşte asupra contestaţiilor care au ca obiect constituţionalitatea unui partid politic; îndeplineşte şi alte atribuţii prevăzute de legea organică a Curţii.

Capitolul IV: **Dreptul şi statul de drept**

1. Activităţile umane se desfăşoară, deopotrivă, într-un „cadru fizic-natural", şi într-un „cadru social-istoric, cultural". Ca atare, aceste activităţi sunt supuse unei duble influenţări venite dinspre cadrul fizic-natural, înlăuntrul căruia ele se desfăşoară, dar şi dinspre cadrul social - istoric, cultural, ambele surse de influenţare constituind la rândul lor o bază generatoare de „norme de conduită în societate" dar, în egală măsură, şi de reguli de desfăşurare a activităţilor profesionale, neexistând gen de activitate umană care să nu fie mai mult sau mai puţin reglementată de un sistem de norme prin care se determină cadrul general, condiţiile şi scopul activităţilor umane. Între altele, sistemul de norme (sistemul normativ juridic) defineşte raporturile care se instituie între indivizi în procesul realizării diferitelor activităţi, dar şi dintre indivizi şi autorităţile publice (care reprezintă Statul), precum şi situaţiile care apar şi conduita pe care trebuie să o aibă agenţii acţiunii.

Acest sistem normativ constituie ceea ce se consideră a fi „dreptul" care se defineşte în mai multe feluri, fie ca un ansamblu de norme, instituţii şi/sau comportamente colective caracterizate prin interdependenţe reciproce, care se integrează în cadrul „sistemului social global", fie ca o colecţie organizată de norme juridice susceptibile de o „reprezentare sistemică" (adică reprezentând în totalitatea sa o unitate fundamentală - sistemul juridic al societăţii).

Profesioniştii dreptului ştiu că de fapt noţiunea de „drept" include nu numai sistemele normative ci şi soluţiile adoptate de instanţele judecătoreşti şi

arbitrale (jurisprudenţa), cât şi discuţiile, opiniile, dezbaterile pe teme juridice, (doctrina).

În ceea ce priveşte instituirea (procesele de creare a normelor juridice), sunt modalităţi diferite de realizare a acestora, fiind parcurse mai multe faze, de la cele empirice (adică cele bazate pe experienţă), până la formele cele mai complexe şi mai rafinate de elaborare. De exemplu, referitor la metodele şi procedeele unui produs oarecare, acestea s-au constituit şi perfecţionat treptat, printr-o serie de încercări şi, implicit, erori, din care s-au desprins reguli care conduc la reuşită, fiind evitate procedeele care duc la eşec, în felul acesta ajungându-se la elaborarea de „indicaţii practice" care cu timpul ajung adevărate moduri (standarde) de acţionare (denumite în prezent „savoir faire", în franceză, ori „konw-how", în engleză). Cu alte cuvinte, instituirea (elaborarea) „normelor empirice" corespund unei trebuinţe sau nevoi sociale sau economice şi, observând natura operaţiunilor întreprinse şi condiţiile iniţiale, agentul (omul, individul sau colectivul) degajează reguli (norme) prin care se determină modul cum va trebui să se procedeze în viitor pentru obţinerea performanţelor dorite şi, invers, din eşecuri pot fi degajate interdicţii sau restricţii. Aceste reguli (indicaţii, norme) sunt cumulative, transmiţându-se din generaţie în generaţie şi, cu timpul, datorită dezvoltării ştiinţelor şi tehnologiilor, acestea sunt perfecţionate sau înlocuite cu altele susceptibile să producă mai multă eficacitate şi eficienţă (rezultate bune şi folositoare).

În stadiile mai avansate de dezvoltare a societăţii, când viaţa în societate capătă forme instituţionalizate (formă superioară de organizare politico-socială a societăţii caracterizată prin crearea de instituţii specializate pe domenii de activitate), sistemele de norme juridice sunt elaborate de organe specializate „corpurile

legiuitoare, adunările generale ale societăţilor comerciale sau ştiinţifice, asociaţiile şi fundaţiile etc".

Indiferent, însă, de modul în care sunt elaborate, normele juridice privind un domeniu sau altul de activitate au drept scop coordonarea şi optimizarea diferitelor tipuri de activitate.

2. Normele juridice sunt rezultatul generalizării experienţei anterioare, de unde şi caracterul său dinamic, mereu în evoluţie şi schimbare, fiind, aşadar, firesc să aibă un rol important (chiar determinant) în desfăşurarea activităţilor prezente şi conceperea sau proiectarea activităţilor viitoare. Un sistem de norme juridice concentrează experienţa trecutului, circumscrie cadrul experienţei prezente şi prefigurează, în anumite limite, direcţiile activităţii viitoare (C. Popa, *Norme, decizie, libertate*, în „Ştiinţa conducerii societăţii", Bucureşti, 1971, p. 294-295). Nici un sistem de norme juridice care descrie o activitate economico-socială nu este complet (definitiv încheiat), neavând capacitatea de a prevedea şi descrie toate situaţiile (ipotezele, circumstanţele) care se pot ivi, în timp, în orice domeniu de activitate, rămânând întotdeauna un spaţiu, mai mult sau mai puţin larg, pentru interpretare şi iniţiativă creatoare a instituţiilor şi indivizilor. Fiecare agent sau grup de agenţi, pe baza experienţei proprii, pot să-şi aducă contribuţia lor la procesul complex de elaborare a normelor juridice. Între normele juridice şi activitatea de elaborare a acestora există o stare de tensiune şi dispute dialectice, întrucât prin orice sistem de norme se tinde să se reducă modalităţile activităţilor umane la un număr de scheme şi cazuri tipice atestate de experienţa trecutului, pentru că aceasta ajută la evitarea experienţelor riscante, economisirea energiei şi obţinerii de

rezultate. Or, aceasta face ca sistemul de norme juridice să capete un caracter conservator ceea ce reprezintă un pericol de sclerozare, de rigidizare şi de dogmatizare, obstaculându-se progresul şi favorizându-se stagnarea, neîngăduindu-se valorificarea deplină a disponibilităţilor pe care le oferă sistemul în acţiune. În consecinţă, în astfel de cazuri, apare necesitatea obiectivă de modificare (reînnoire) a sistemului de norme juridice, fiind eliminate cele căzute în desuetudine şi realizându-se punerea de acord a sistemului de norme juridice cu nivelul realizărilor ştiinţifice şi tehnologice, ele însele aflându-se într-un proces evolutiv continuu (a se vedea C. Popa, *op. cit. supra*, p. 205-207).

Normele juridice sunt, prin geneza (naşterea) lor, rezultatul generalizării experienţei din trecut, a unei optimizări (îmbunătăţiri, perfecţionări) continue. Dar, dacă, iniţial, metoda la care se recurgea pentru degajarea normelor juridice era aceea a încercărilor şi învăţămintelor trase din erori, în timp, formarea şi sistematizarea normelor juridice a început să fie rezultatul unor demersuri ştiinţifice, o consecinţă a prelucrării cu mijloace tehnice moderne a unei mulţimi de date şi informaţii cu privire la procesele economice, sociale şi culturale, astfel încât şi procesele de elaborare a sistemelor de norme juridice (dreptul) au căpătat o altă alură (dimensiune) şi o altă perspectivă, recurgându-se la metode şi instrumente cu totul noi puse la dispoziţie de ştiinţă şi tehnologiile moderne (informatică juridică).

Ştiinţele oferă informaţii despre toate elementele acţiunilor care se desfăşoară în societate: obiectul, mijloacele şi condiţiile diferitelor acţiuni, scopul acestor acţiuni şi agenţii care conlucrează pentru realizarea acestuia, modul de organizare şi planificare şi etapele care trebuie

parcurse. Aceste date şi informaţii ştiinţifice sunt convertite în norme juridice (sisteme de norme juridice), în cadrul unor procese, ele fiind rezultatul unor sinteze şi prelucrări ale informaţiilor oferite de ştiinţă. Deci, elaborarea normelor juridice, fundamentate pe datele şi informaţiile oferite de ştiinţă, este şi un rezultat al unor judecăţi de valoare. Însă, odată elaborate, normele juridice devin, la rândul lor, criterii pentru aprecierea sau valorizarea activităţilor umane. Cu alte cuvinte, intervine un ciclu de transformări dialectice (raţionamente contradictorii): de la ansamblul de cunoştinţe despre obiectul, condiţiile şi mijloacele acţiunii, care ţin de domeniul ştiinţelor naturii şi ştiinţelor tehnice, şi de la cunoştinţele despre scopul şi criteriile de apreciere a rezultatului acţiunilor, care ţin de domeniul teoriei valorilor, la formularea normelor juridice (şi sistemelor juridice) şi aprecieri de valoare asupra acţiunilor întreprinse sau luate în considerare de agenţii diferitelor genuri de activităţi şi de aici alegerea obiectivelor pentru acţiunile viitoare (C. Popa, *op. cit. supra.*, p. 222-223).

Aşadar, cunoaşterea, acţiunea, elaborarea normelor juridice (şi a sistemelor de norme juridice), precum şi evaluarea atât a acţiunilor umane, cât şi a normelor juridice sunt procesate de indivizi, grupaţi şi organizaţi, care se manifestă în diferite ipostaze (situaţii): om de ştiinţă, agent al acţiunii, elaborator de norme juridice şi evaluator.

3. Normele juridice se diferenţiază de alte norme, cum sunt cele morale sau etice, prin aceea că aparţin unei „ordini normative specifice” care este „ordinea juridică” care, la rândul ei, trebuie diferenţiată de „ordinea publică”.

Ordinea publică, care are sfera de cuprindere cea mai largă (incluzând „ordinea juridică”),

reprezintă un ansamblu de standarde (norme care reglementează calitatea, caracteristicile, etalon, tip, model etc.) şi valori fundamentale (ceea ce înseamnă adevărat, bun, frumos etc.) din cadrul unei societăţi, la care este interzis să te abaţi.

Ordinea juridică reprezintă un cadru pentru formarea, executarea regulilor sau principiilor care pot fi acceptate (formând „dreptul") de către societate.

Ordinea, *ca valoare politică*, evocă menţinerea stabilităţii şi echilibrului în societate; de aici, rezultând şi strânsele raporturi care există între drept şi politică.

Aceste raporturi dintre politică şi drept se reflectă cel mai bine în instituţia specifică oricărei democraţii, cunoscută sub denumirea de „stat de drept", care este o construcţie politico-juridică reprezentând un mod de organizare politică a societăţii care recunoaşte primordialitatea respectării regulilor şi principiilor de drept, obligaţie care este valoarea supremă în stat.

În preambulul Convenţiei europene a drepturilor omului este consacrat acest principiu al „statului de drept" pe care l-a introdus în „patrimoniul comun" al Statelor membre. Iar, în Tratatul Uniunii Europene se prevede, la art. 6, că Uniunea Europeană este fondată pe „principiul statului de drept" care este comun Statelor membre.

În Constituţia română, de asemenea, este statuat că „România este stat de drept, democratic şi social, în care demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic reprezintă valori supreme…" (art. 1 alin. 3).

Aşadar, prin noţiunea „stat de drept" se înţelege că Statul a cărei putere este supusă

dreptului, prin intermediul organelor sale, nu poate acţiona decât în virtutea unei „abilitări juridice”; exercitarea puterii se transformă într-o „competenţă instituită, încadrată şi limitată de drept”, ceea ce înseamnă că Statul, în raporturile cu subiecţii săi (cetăţenii), şi pentru a garanta statutul lor de cetăţeni, se supune el însuşi dreptului, în sensul că acţiunile sale sunt supuse unor reguli prin care, pe de-o parte, sunt determinate drepturile rezervate cetăţenilor, iar, pe de altă parte, sunt fixate căile şi mijloacele întrebuinţate în vederea realizării scopurilor urmărite de Stat (R. Carré de Malberg, *Contribution à la theorie générale de l'Etat*, Paris, 1962, tome 1, p. 488 şi urm.).

Statul de drept va fi cu atât mai dezvoltat cu cât dependenţa sa faţă de respectarea normelor juridice este mai bine asigurată.

Statul de drept înseamnă, mai întâi, că „administraţia este supusă legii”, prin lege înţelegându-se fundamentul, cadrul şi limitele acţiunii sale; iar, această supunere trebuie să fie garantată prin existenţa unui „control jurisdicţional”, exercitat de instanţele judecătoreşti.

Dar, statul de drept mai înseamnă că legea înseşi este subordonată „Constituţiei”: Parlamentul trebuie să-şi exercite atribuţiile în cadrul fixat de Constituţie, însă, şi în această privinţă, apare indispensabilă intervenţia unui „judecător constituţional”, a cărui activitate este indispensabilă pentru asigurarea respectării riguroase a prevederilor constituţionale.

Această construcţie politico-juridică (statul de drept) nu reprezintă o structură rigidă (dogmatică) ci ea însăşi se află în evoluţie (reînnoire continuă), în ultimii ani punându-se un accent nou asupra „conţinutului dreptului”, în sensul că statul de

drept nu evocă numai existenţa unei „ordini juridice ierarhizate - statul supunându-se legii - ci şi un ansamblu de „dispozitive de garanţii a libertăţilor individuale”. Cu alte cuvinte „statul de drept” capătă substanţă (fiind depăşită faza pur conceptuală (situată doar în lumea ideilor), apropiindu-se mult de instituţia britanică „rule of law”. Această deplasare spre concret (substanţă) este rezultatul unei evoluţii a obiectivelor: noţiunile de „stat” şi „drept” devenind accesibile pe piaţa publică, fiind puse în dezbaterea filozofilor şi politicienilor cu privire la statutul şi rolul Statului, iar referirea la „statul de drept” servind ca bază pentru etalarea (prezentarea) largă a mijloacelor pentru realizarea celei mai bune protecţii contra intervenţionismului neadecvat al statului şi abuzului posibil al „majorităţilor democratice”.

În prezent, statul de drept se bazează fundamental pe ideea „limitării puterii” prin triplul joc al protecţiei libertăţilor individuale, supunerea faţă de „Naţiune” şi atribuirea unui domeniu restrâns al competenţelor: structurarea ordinii juridice nu este decât un mijloc de asigurare şi garantare a acestei limitări, prin intermediul mecanismelor de elaborare a dreptului. În felul acesta, statul de drept acoperă o concepţie de fond despre libertăţile publice, democraţie şi rolul statului care constituie fundamentul subînţeles al ordinii juridice (J. Chevalier, *L’Etat de droit*, în „Revue de droit publique” nr. 2/1988, p. 313 şi urm.).

Capitolul V: Dreptul şi politica

1. Raporturile dintre drept şi politică pot fi percepute cu uşurinţă dacă se ţine seama de faptul că norma juridică este în acelaşi timp rezultatul raporturilor de forţă politice dar şi un instrument privilegiat de obiectivizare (concretizare, materializare) a ordinii politice şi de regularizare a comportamentelor politice (J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Paris, 1993). Într-adevăr, „dreptul" îndeplineşte o funcţiune de extremă importanţă în structurarea socială şi politică a societăţilor. În consecinţă, din această perspectivă (unghi de vedere) generală, în cadrul căreia dreptul (în sensul sistemului de norme juridice) pune în scenă, ordonează colectivitatea umană, trebuie abordată problema relaţiei dintre drept şi politică (L. Assier-Andreieu, *Le Droit dans les sociétés humaines*, 1996, p.59). Unii autori chiar consideră, într-o atare viziune, că „dreptul a încercat a fi întotdeauna o ştiinţă politică" (G. Soulier, *Les institutions judiciaires et répressiones*, în „Traité de sciences politiques", elaborat sub direcţia domnilor M. Gravitz şi J. Leca, PUF, 1985, p. 352).

Dar, dacă se admite că dreptul se află în centrul politicii şi întreţine un raport privilegiat cu puterea (a se vedea în acest sens P. Legendre, *L'Amour du censeur, essai sur l'orde dogmatique*, Paris, 1974, p. 604), mult mai dificil este să se definească cum se realizează efectiv această strânsă legătură între drept şi politică.

Din studiile întreprinse pe această temă se poate desprinde ideea generală că dreptul se

prezintă concomitent (în acelaşi timp) ca fiind atât cauza cât şi efectul politicii ca „mod de structurare a puterii şi produs al acestei structurări”.

Într-o primă ipostază (sub primul aspect), cea în care dreptul este considerat ca o „ştiinţă a puterii”, în lumina căreia este pus în evidenţă rolul esenţial în stabilirea şi legitimitatea politicului, se pune accentul pe procesul de legitimizare a dominaţiei politicului, Max Weber definind „legitimitatea” ca fiind un mod de dominare legal-raţional, adică acel mod de dominare care are drept fundament „credinţa” (încrederea) în validitatea legalităţii reglementărilor stabilite raţional (calitatea de a fi conforme cu legea a normelor juridice) şi legitimitatea (îndeplinirea condiţiilor prevăzute de lege) conducătorilor politici aleşi conform legii (J. Freund, *Sociologie de Max Weber*, PUF, Paris, 1968, p. 200).

În acest mod de determinare a raporturilor dintre drept şi politică, conducătorul politic sau organele superioare, inclusiv Preşedintele Republicii ales, sunt ţinuţi să respecte o „ordine impersonală” (putere care nu este concentrată în mâinile unei persoane), adică o „ordine juridică” şi, în consecinţă, activităţile în această direcţie (a respectării ordinii de drept). Membrii colectivităţilor organizate, la rândul lor, sunt obligaţi să se supună legii, în calitate de „cetăţeni” (persoane cu drepturi civile şi politice depline), ceea ce înseamnă că nu sunt obligaţi să se supună decât condiţiilor prevăzute de lege.

Într-un sens mai restrâns, dar şi mai explicit şi complementar, ne putem referi la o „dominaţie legală” care s-ar manifesta sub forma unor „funcţiuni publice instituite prin lege şi repartizate în competenţe diferenţiate” (J. Freund, *op. cit. supra*., p. 201). În acest cadru, se acordă o mare importanţă rolului jucat de legiuitor în

„organizarea vieţii juridice şi asigurarea legitimităţii Statului", precum şi în opera de „formalizare juridică" (procedee de elaborare a legilor), în sensul că „forma juridică ar fi structura discursului prin care se exprimă puterea" (M. Troper, *L'ideologie juridique*, în „Analyse de l'ideologie", lucrare colectivă elaborată sub direcţia lui G. Duprat, 1980, p. 221).

Într-o a doua ipostază, dreptul ar constitui, metaforic (figurat) vorbind un revelator (substanţa de punere în evidenţă) al ţelurilor (obiectivelor) politice, fiind totodată instrumentul raporturilor puterii, profund înscris (dreptul) în raporturile sociale şi politice situate tocmai în centrul preocupărilor şi obiectivelor politice (*Marx: du „vol de bois" à la critique du droit*, lucrare elaborată sub direcţia domnilor P. Lascoumes, H. Zander, PUF, Paris, 1984).

Oricare ar fi unghiul de abordare al relaţiilor dintre drept şi politică, este evident că la o analiză atentă şi aprofundată a acestei probleme va trebui, pe de-o parte, să se ţină seama de „dimensiunea politică a normei juridice" şi, pe de altă parte, de rolul pe care normele juridice şi-l asumă în exercitarea puterii politice şi locul pe care îl ocupă în manifestarea raporturilor politice, dreptul fiind un instrument dar şi o rezultantă a acestor raporturi.

În literatura juridică se face sublinierea că „realitatea politică este şi o realitate juridică constituită, o realitate care, prin intermediul dreptului contribuie la obiectivarea (înlăturarea oricărei subiectivităţi arbitrare) acţiunilor politice" (J. Chevalier, *op. cit. supra.*, 1993).

2. Deşi este evident aspectul relaţiilor (strânse) dintre drept şi politică (şi chiar mai mult, în sensul că dreptul se află situat în centrul politicii,

întreţinând relaţii privilegiate cu puterea politică), această situaţie nu a făcut, multă vreme, obiectul unor studii aprofundate concordante, nefiind puse în evidenţă, într-o măsură satisfăcătoare, finalităţile sociale ale producţiei de norme juridice (dimensiunea politică a dreptului), considerându-se că astfel puritatea dreptului ar fi compromisă datorită interferării (amestecului) cu politica sau ideologia (J. Caillosse, *Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs*, în „Droit et societé" nr. 26/1994, p. 130).

În ceea ce priveşte politica, în mod corelativ, unii politologi ignoră „dimensiunea juridică" a acesteia, tocmai datorită pretenţiilor de puritate invocate în legătură cu dreptul care s-ar distanţa de orice aspect social sau politic, neglijându-se condiţiile concrete de aplicare a regulilor juridice, faptul că viaţa socială este încadrată de drept. În felul acesta, însă, s-ar ajunge la concluzia că cercetările întreprinse în legătură cu politica nu s-ar limita doar la constatarea unei autonomii absolute a dreptului în raport cu politica ci chiar ar lua parte la o asemenea concepţie autonomistă, ceea ce, evident, ar constitui o absurditate (J. Caillosse, *op.cit.supra*, p. 132).

O atare situaţie, caracterizată prin dificultăţi sau insuficienţe ale cercetărilor ştiinţifice referitoare la relaţiile dintre drept şi politică, s-a impus a fi depăşită şi, efectiv, cercetările pe această temă au evoluat mult insistându-se asupra unor noi abordări în această privinţă, rezultate dintr-o dublă tendinţă: pe de-o parte, instituirea unor procese de producere a normelor juridice întemeiate pe un mod mai negociat şi deconcentrat care ar implica o mai mare diversitate de actori politici şi sociali, adică un mod de guvernare care, fără a fi un stat intervenţionist, ar permite să se reducă incertitudinile şi să se asigure generalitatea

şi stabilitatea regulii juridice ca fundament al credibilităţii economice şi politice a ţării date, iar, pe de altă parte, respingerea modurilor tutelare ale acţiunii publice şi înlocuirea acestora prin acţiuni colective întreprinse de noi actori sociali care ar necesita o multiplicare de forme mai diversificate şi mai flexibile de reglementare juridică (*La juridisation du politique. Lecons scientifiques*, lucrare colectivă elaborată sub direcţia domnilor: J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert, LGDJ, Paris, 2000).

Acest context este suficient pentru luarea în considerare a unor noi interrelaţii puternice între reglementarea politică şi reglementarea juridică. Se constată, pe de-o parte, o necesitate tot mai mare de o reglementare juridică pluralistă sau multiformă (reglementări multiple - chiar o inflaţie legislativă şi o multitudine de forme de legiferare), ceea ce explică, mai ales, locul din ce în ce mai important ocupat de judecători, inclusiv în relaţie directă cu noi forme de reglementare politică, situaţie care se manifestă prin rolul crescând al cauzelor care înainte aparţineau exclusiv de domeniul politicului, precum şi prin aşteptările în această privinţă, sub forma unui paznic al democraţiei (A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et democratie*, 1996) sau ca deţinător a unei terţe puteri (D. Salas, *Le tiers pouvoir. Vers un autre justice*, Paris, 2000). Dar, pe de altă parte, se constată creşterea unei aspiraţii spre noi expresii juridice constitutive a ceea ce se numeşte „raţiunea societăţii sau a politicului", ilustrarea cea mai pertinentă a acesteia fiind invocarea „statului de drept", mărturie a unei căutări (descoperiri) a unui nou „corpus" (tip) de principii pentru asigurarea „încadrării juridice a practicilor sociale şi politice" şi „permanenţa valorilor ca fundament al ordinii sociale şi politice,

dincolo de mişcările (mobilitatea) care caracterizează gestionarea mai îndeaproape a societăţii. Astfel, statul de drept devine un nou mod de penetrare a juridicului în politic, devenind, într-un fel, un factor constitutiv al politicului. Restaurarea juridicului în cadrul politicului se anunţă a fi cu atât mai importantă cu cât statul de drept poate face obiectul unei definiri a dreptului prin politică, devenind un argument în sprijinul „autorităţii" în dezbaterile pe teme politice: orice stat care se respectă ar trebui să se prezinte ca fiind rezultanta principiilor care guvernează statul de drept, acestea apărând ca o „valoare în sine", în lumina căreia va fi judecată şi evaluată organizarea politică (J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *cit. supra.*, p.7).

Constituţionalismul (supremaţia fundamentală a Constituţiei) pare a se supune aceleiaşi logici. Importanţa crescândă a „Curţii Constituţionale" în privinţa practicilor politice şi, pe cale de consecinţă, a „dreptului constituţional", în viaţa politică este însoţită de o dezvoltare continuă a ştiinţei dreptului constituţional, putând fi considerat, potrivit unor autori, ca fiind şi o ştiinţă a politicului.

În felul acesta, constituţia ar deveni „forma şi limbajul activităţii politice legitime", iar analizele pe care le-ar genera (le-ar stârni) ar marca ambiţia de a se impune „ o grilă (dispozitiv de descifrare) juridică" a fenomenelor politice (J. Chevallier, *cit. supra*, 1993). Această misiune a dreptului constituţional este de mare anvergură, iar constituţionalismul ar fi una dintre manifestările cele mai puternice de „juridicizare a politicului" (fenomen de corelare a politicului cu juridicul). Juridicul constituie o resursă în practica actorilor (indivizilor) care participă la realizarea unui proiect politic, un exemplu grăitor în această

privinţă fiind reprezentat prin locul pe care juridicul îl ocupă în construcţia Uniunii Europene. Într-adevăr, Uniunea Europeană se construieşte, având în inima acestor procese pe legiuitorul şi judecătorul european (J. Caillosse, *op.cit.supra*, 1994, p. 131). Construcţia Uniunii Europene prin intermediul dreptului constituie o dovadă pertinentă că dreptul constituie un „agent de structurare a spaţiului politic" (J. Commaille ş.a., *op.cit. supra*, p. 56).

3. Punerea în evidenţă a acestor forme diverse sub care se prezintă raporturile dintre drept şi politică deschide noi perspective în această privinţă. Este semnificativ faptul că în domeniul politicilor publice, dreptul face obiectul unor studii aprofundate în legătură cu dimensiunea juridică a acestor politici publice, ţinându-se seama de această situaţie în procesele de elaborare a normelor juridice (P. Lascoumes, *Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques*, L'année sociologique, 40, 1990; P. Duran, *Piloter l'action publique, avec ou sans le droit?* în „Politiques et management publique", vol.II, 1998). De fapt, fenomene care ţin, respectiv, de analiza politicului şi cea a juridicului se înscriu în acelaşi proces de schimbare, ceea ce face să fie absurdă o îngrădire a acestor două ramuri ale ştiinţei. Este evident că schimbările intervenite în domeniul politicilor publice ca şi în cel al producerii (elaborării) de norme juridice provin (rezultă) din aceleaşi cauze şi impun abordări (testări) conjuncte (legate una de cealaltă).

Numai „formalizarea juridică" (respectarea întocmai a unor reguli) permite, de exemplu, să se înţeleagă cum interesele sociale pot fi transpuse în decizii însoţite de dispozitive juridice destinate să le asigure realizarea (P. Lascoumes, *L'Eco-pouvoir, environements et politique*, Paris, 1994, p. 111).

Luându-se în considerare toate interrelaţiile posibile cu logicile politice, nu pot fi ignorate multiplele faţete ale tehnicităţii juridice. Prin jocul regulilor juridice sau cu ajutorul acestora, cu ocazia aplicării politicilor diverse, acestea pot face obiectul unor abordări (tratări) încrucişate, tot aşa după cum evaluarea politicilor publice este susceptibilă de a pune în evidenţă imposibilitatea unei disocieri de evaluarea legislativă, stabilirea eficacităţii dreptului fiind legată strâns de cea a eficacităţii politicilor publice. Această corelaţie este cu atât mai evidentă cu cât noile forme sub care se prezintă reglementarea (ordonarea, structurarea) politică şi reglementarea juridică (structurarea juridică), la care ne-am referit mai sus, se situează chiar în inima proceselor politice care au loc în societate (J. Commaille ş.a., *cit. supra*.; V. Roussel, *Les magistrats dans les scandales politiques*, în „Revue française de science politique", vol. 48, nr. 2/1998, p. 245-273).

Toate aceste consideraţii de natură instituţională sau corporatistă, referitoare la relaţiile dintre drept şi politică se impun ca fiind un obiectiv al cercetărilor care se vor impune, în viitor, pe această temă, cu şi mai mare intensitate.

Capitolul VI: **Dreptul şi economia**

Activităţile economice (producţie, distribuţie, comercializare) au un impact (influenţă) determinant asupra vieţii în societate. Dar, funcţionarea armonioasă a unui sistem economic necesită (impune) un număr de reguli care să asigure (garanteze) că producerea, dobândirea sau folosirea bunurilor şi serviciilor se realizează în condiţii echilibrate şi echitabile. Cu alte cuvinte, sistemul economic al unei societăţi implică şi o „ordine juridică" care, la rândul ei, are repercusiuni (efecte), voite sau nu, asupra sistemului economic pe care îl încadrează, disciplinează, orientează, adică îl normalizează.

Aceste influenţe reciproce între regulile juridice şi sistemul economic s-au reflectat pe planul dreptului sub forma unei discipline juridice specializate „dreptul economic".

Este adevărat că economia (activităţile economice) este anterioară dreptului, în sensul că regulile juridice apar şi se mulează pe realitate (unul din multiplele aspecte ale realităţii, cea mai importantă, fiind economia), dar aceasta nu înseamnă că dreptul s-ar subordona economicului, întrucât prin regulile juridice sunt exprimate anumite exigenţe (cerinţe) de ordin normativ cărora economia trebuie să li se supună. Mai explicit, regulile juridice sunt chemate să creeze un „regim adecvat (potrivit) care să permită ca activităţile economice desfăşurate de indivizi să atingă un „optim economic" (eficienţă, profitabilitate), ceea ce înseamnă, într-o economie de piaţă (economie fundamentată pe libera tranzacţionare a bunurilor şi serviciilor), şi

existenţa unor instituţii juridice care să asigure dezvoltarea economiei, în anumite condiţii: legalitate, echitate, echilibru.

Condiţiile impuse de un regim juridic al economiei privesc, în linii generale: *proprietatea*, care asigură controlul asupra bunurilor şi serviciilor ce se tranzacţionează pe piaţă; *libertatea contractuală*, care se traduce prin descentralizare legislativă; *dispoziţii referitoare la concurenţă şi protecţia consumatorilor*.

Deci, în vederea asigurării existenţei unor relaţii de piaţă şi menţinerea funcţionalităţii acestora, trebuie luate în considerare, pe lângă principii şi reguli cu caracter strict economic, şi reguli cu caracter juridic prin care este instituit un „regim juridic" chemat să structureze şi să organizeze relaţiile economice de o asemenea manieră încât să fie asigurat echilibrul, echitatea şi buna-credinţă în cadrul tranzacţiilor pe piaţă. Aceste principii penetrează întreg ansamblul vieţii economice: monedă, credit, brevete, proprietate privată, libertate contractuală şi responsabilitate contractuală etc.

Dar, dacă regulile de drept, în domeniul economic, sunt concepute în aşa fel încât să servească cerinţei unui „optim economic", nu mai puţin aceste reguli juridice au şi propria lor eficacitate, o politică economică eficace trebuind să fie şi „legal organizată", numai aşa putându-se realiza o folosire deplină a resurselor, stabilitatea preţurilor sau creşterea accelerată a produsului naţional (PIB); precum şi eliminarea, pe cât posibil, a constrângerilor pe care le impune ordinea juridică: un prea mare interval de timp între deciziile guvernamentale privind politicile economice şi adoptarea reglementărilor juridice de către Parlament; controalele tutelare excesive; principii rigide de echilibru bugetar; proasta repartizare a competenţelor etc., toate acestea

putând constitui obstacole (uneori decisive) în calea eficacităţii politicilor economice, bugetare sau monetare.

Pentru a se evita astfel de imperfecţiuni (insuficienţe, deficienţe), eventuale, din legislaţia economică, se impun analize privind costurile măsurilor prevăzute a fi luate în aplicarea dispoziţiilor legale, raportate la beneficiile (pentru colectivitate) rezultate, analize care să permită reforme care ar contribui la creşterea eficacităţii economice. Într-adevăr, regulile juridice referitoare la funcţionarea economiei implică un cost pentru elaborarea şi aplicarea legilor, dar contribuie şi la realizarea unor beneficii pe care regulile juridice la procură prin eliminarea sau reducerea imperfecţiunilor (deficienţelor, abuzurilor) din activitatea economică; dar ele sunt eficiente numai în măsura în care aceste beneficii ar fi superioare sau egale cu costurile pe care le-ar implica elaborarea şi aplicarea dispoziţiilor legale.

În pofida dificultăţilor în efectuarea unor asemenea calcule, comunitatea are totuşi un interes major să cunoască preţul pe care ea trebuie să-l plătească pentru diversele „servicii publice”, inclusiv cele legate de elaborarea şi aplicarea legilor economice. O asemenea preocupare este considerată a fi justificată, întrucât investiţiile de acest gen (cele cu caracter juridic) au crescut considerabil ca urmare a recurgerii la tehnici din ce în ce mai rafinate în elaborarea, aplicarea şi controlul (evaluarea) eficacităţii reglementărilor legale. Or, ineficacitatea în acest domeniu (legiferarea) are consecinţe care se difuzează în economie, acest lucru constatându-se, de exemplu, în cazul regulilor procedurale privind afacerile. De altfel, astfel de analize sunt efectiv întreprinse şi ele nu pot fi trecute cu vederea.

Astfel de analize complexe nu sunt încă prea bine înţelese considerându-se că astfel s-ar pune

accentul doar pe „eficacitatea economică”, neglijându-se luarea în considerare şi a altor valori printre care prevenirea eşecurilor din economia de piaţă şi menţinerea echilibrată a balanţei între „sistemul de valori sociale” şi „eficacitatea economică”.

Analizându-s unele dintre fenomenele care caracterizează economiile de piaţă, a fost pus în evidenţă şi modul în care rolul dreptului devine esenţial. Ca atare, în loc de a se recurge la comparaţii utopice, mult mai bine ar fi să se procedeze la o confruntare cu instituţii alternative, pentru a se putea determina, astfel, care ar fi regulile de drept cele mai bine adaptate rezolvării problemelor economice reale, cu costurile cele mai reduse, fără a se renunţa nici la „eficienţa economică”, dar nici la „eficienţa juridică” .

Ne vom referi, în continuare, la unele fenomene care se produc în economia de piaţă care impun intervenţia legiuitorului. Este vorba de: economiile de scară; bunurile şi serviciile colective (care nu se pretează producţiei şi comercializării private); efectele activităţilor economice asupra mediului înconjurător; distribuirea inechitabilă a veniturilor; incertitudinile generate de dinamica economică.

Economiile de scară. Cu cât cantitatea de produse realizată de întreprinderi şi distribuită în reţeaua de consum este mai mare, cu atât „costul unitar” (suma cheltuielilor necesare producţiei unui bun sau serviciu) este mai ridicat. Ca atare, există tendinţa ca unităţile de producţie sau de distribuţie să se dezvolte la dimensiuni mai mari care să le permită ocuparea unei fracţiuni cât mai mare de piaţă (fenomenul concentrării întreprinderilor). De aici, însă, poate rezulta şi eliminarea concurenţei din parte unor unităţi mai mici, datorită poziţiilor de monopol a

întreprinderilor de mari dimensiuni (conglomerate de întreprinderi - holdinguri). În această situaţie se poate interveni prin reguli juridice sub forma unor reglementări cu privire la preţuri, fie sub forma unui sistem de taxe sau subvenţii ori altele asemenea, regulile de drept corespunzând, în astfel de situaţii juridice, unor deficienţe (deformări) ale pieţei.

Bunurile şi serviciile colective răspund unor necesităţi colective care nu pot fi satisfăcute pe calea producerii lor pe cale privată. În astfel de situaţii, legiuitorul este chemat ca prin iniţiativele sale legislative să contribuie la dezvoltarea acestui sector ignorat de iniţiativa privată.

Este vorba de bunuri şi servicii colective care sunt consumate de mai mulţi indivizi, în acelaşi timp, mai exact un aer nepoluat sau protecţia persoanelor asigurată de organele de poliţie, de exemplu. Bunurile şi serviciile de asemenea natură nu pot da naştere la schimburi voluntare comparabile celor ale economiei de piaţă. Deci, pentru astfel de bunuri sau servicii nu există o piaţă capabilă să asigure că se va produce o cantitate optimă, întrucât consumatorii nu se manifestă pe o atare piaţă pentru a obţine astfel de bunuri şi servicii. Cererea de astfel de bunuri sau servicii este dificil de evaluat, aşa încât numai prin intermediul unor instituţii specializate va putea fi determinată oferta, şi în aceste condiţii devine evidentă şi indispensabilă intervenţia regulilor juridice.

Efectele asupra mediului înconjurător produse de activităţile economice reprezintă una din cele mai importante probleme ale contemporaneităţii, întrucât prin activităţile de producţie sunt poluate apa, aerul şi solul, deşi, în acelaşi timp, activităţile economice asigură prosperitatea populaţiei. Deci, se pune din plin aceeaşi problemă a analizei „cost -

beneficii sociale" care depăşeşte principiul optimului economic realizat prin jocul liber al concurenţei. Aşadar, regulile juridice vor juca un rol decisiv, ele fiind considerate a fi mijloacele cele mai corespunzătoare pentru a putea fi ameliorată eficacitatea sistemului economic şi implicit nivelul de bunăstare socială.

Treptat au evoluat şi concepţiile despre activităţile întreprinderilor conturându-se tot mai precis o formă de intervenţionism pe cale legislativă în favoarea investiţiilor durabile, luându-se în considerare atât performanţele economice, cât şi cerinţele sociale şi protecţia mediului înconjurător.

În această nouă viziune, întreprinderile, dat fiind rolul lor, foarte important, atât economic, cât şi social, şi chiar societar (adică din punct de vedere al organizării şi funcţionării lor), nu mai pot fi concepute ca fiind organizaţii deconectate de societatea contemporană ci, dimpotrivă, ca elemente componente ale acesteia, aflate în „corelaţie sistemică" cu mediul său înconjurător, ceea ce implică o „responsabilitate socială a întreprinderilor".

În felul acesta, este deschis un nou orizont întreprinderilor economice care nu se mai limitează doar la interesele acţionarilor lor, ci asumându-şi, în sfârşit, rolul pe care trebuie să-l ocupe în societatea civilă a secolului XXI, marcată de o mondializare şi o adevărată explozie a schimburilor comerciale internaţionale de mare amploare (a se vedea în acest sens avântul luat de societăţile - companiile multinaţionale, grupurile de societăţi şi parteneriatele privat-privat şi public-privat).

Reorganizarea lumii economice la această scară (globalizantă) implică, desigur, şi intervenţia masivă pe cale legislativă, având loc o schimbare

profundă în ceea ce priveşte, mai ales, instituţia responsabilităţii civile, considerându-se, pe bună dreptate, că de fapt asistăm la naşterea unei noi ramuri a acesteia (a răspunderii civile) şi anume „responsabilitatea socială a întreprinderii”.

Responsabilitatea socială a întreprinderilor a fost abordată iniţial ca un principiu în curs de formare, ca o percepţie diferită a „guvernanţei corporatiste” (corporate guvernance), înţeleasă ca fiind o formă mai avansată de organizare şi funcţionare a întreprinderilor, ori ca „reguli manageriale”. În timp, însă, acest principiu a început să ia forma unor instituţii (mecanisme), apreciindu-se că acest principiu trebuie să fie în concordanţă şi cu alte valori sociale care să-i confere şi o anumită legitimitate (calitatea de a fi corect, adevărat, echitabil). Cu alte cuvinte, principiul responsabilităţii sociale a întreprinderilor, în această nouă viziune, ar reprezenta, într-un mod sau altul, şi un demers care vine în întâmpinarea regulilor de drept (regulilor juridice) referitoare la activităţile economice.

Această nouă orientare inovatoare în materie a condus, inevitabil, şi continuă să conducă la o reconstruire a cadrului juridic în limitele căruia vor trebui să se desfăşoare toate activităţile economice într-o societate organizată şi civilizată, responsabilitatea socială a întreprinderilor ilustrând un fenomen potrivit căruia „reglarea socială” (adică procesul de asigurare a echilibrului între economic şi social) necesitând participarea la acest proces atât a întreprinderilor (care se află în centrul acestui proces), cât şi a legiuitorului, în felul acesta ajungându-se la elaborarea unor reglementări juridice incitatoare şi inovatoare.

Constatându-se că unele State membre ale Uniunii Europene se confruntă cu probleme fundamentale (structurale) datorită dezechilibrelor macroeconomice (modul în care funcţionează

ansamblul economic al unei ţări), urmare a unor politici economice şi financiare nesustenabile, Comisia Europeană a elaborat (la 18 iulie 2001) un document intitulat „Cartea verde" care se referă la necesitatea promovării unui cadru european pentru consacrarea legislativă a principiului responsabilităţii sociale a întreprinderilor, definindu-se acest principiu nu numai sub aspectul satisfacerii depline a obligaţiilor asumate de întreprinderi pe cale contractuală, ci mergându-se mai departe prin referirea la „capitolul uman" care alcătuieşte, într-un fel, un mediu ambiant înlăuntrul căruia evoluează (acţionează) părţile implicate.

Preocuparea pentru consacrarea acestei noi orientări spre responsabilizare socială a întreprinderilor, inclusiv pe cale legislativă, s-a manifestat nu numai la nivelul Uniunii Europene ci şi pe plan internaţional, liderii mondiali întâlnindu-se în Brazilia, în cadrul Summitului Rio+20 pe tema „economiei verzi" în contextul „dezvoltării durabile" şi „eradicării sărăciei". Dezbaterile de la această conferinţă de la Rio este foarte importantă deoarece oferă pentru omenire o perspectivă sporită de echitate socială, prin reducerea semnificativă a riscurilor pentru mediu şi penuria de resurse ecologice. S-a subliniat că într-o economie verde creşterea trebuie stimulată prin investiţii care reduc presiunile asupra mediului şi se asigură strategii pentru prosperitatea oamenilor de azi şi în viitor, întrucât nu există dezvoltare durabilă fără echitate socială şi nici o creştere fără o gestionare adecvată a resurselor naturale.

Una dintre rezultatele importante urmărite şi obţinute de Conferinţa de la Rio a fost acela că s-a obţinut din partea marilor companii internaţionale cotate la bursele de valori promisiunea de a include în rapoartele lor anuale sustenabilitatea

politicilor lor economice sau, în caz contrar, să explice de ce nu au făcut acest lucru.

S-a ajuns la concluzia raţională că dezvoltarea nesustenabilă este responsabilă de risipa dezordonată a resurselor, de poluarea mediului înconjurător şi de sărăcirea în masă, iar acestei stări de lucruri trebuia să i se pună capăt cât mai repede cu putinţă.

În acest context global, trebuie abordată şi evoluţia concepţiei despre „întreprindere" întrucât ea se află chiar în inima activităţilor economice, constituind principalul său motor.

Se insistă, asupra caracterului esenţial al combinării „guvernanţei economice" cu principiul „responsabilităţii sociale a întreprinderilor", dintre „norma juridică constrângătoare" şi principiul „responsabilităţii sociale a întreprinderilor", precum şi asupra conştientizării conducătorilor întreprinderilor şi a celorlalţi actori de pe pieţele financiare, că această evoluţie (privind responsabilizarea socială a întreprinderilor) este indispensabilă pentru captarea atenţiei şi recăpătarea încrederii oamenilor în politicile de piaţă şi pentru o mai bună stăpânire a riscurilor, deoarece numai aşa s-ar putea contracara tendinţele iresponsabile a unor conducători de întreprinderi.

În mod corelativ se atrage atenţia şi asupra necesităţii restructurării procesului de legiferare pentru a-l face „apt să integreze şi să asimileze principiile şi regulile guvernanţei economice".

Această orientare a legiuitorului contemporan în direcţia integrării în procesul de legiferare a principiilor şi regulilor guvernanţei economice (corporatiste) a fost adoptată în diferite ţări, în mai mică sau mai mare măsură, prin intermediul cărora „întreprinderea" este plasată într-o zonă de „responsabilitate sporită".

Distribuirea inechitabilă a veniturilor. Principiul „optimului economic" este indiferent faţă de modul de distribuire a veniturilor între deţinătorii de resurse. În consecinţă, situaţii care sunt eficace din punct de vedere economic pot fi generatoare de grave injustiţii sociale. Inegalitatea în distribuirea veniturilor se manifestă chiar şi în ipotezele când au fost luate măsuri de compensare a celor care se află în situaţii dificile (vulnerabili sociali). Deci, este indispensabil ca legiuitorul să intervină prin dispoziţii fiscale, subvenţii de securitate socială, pentru a se asigura, astfel, o „justiţie distributivă", piaţa nefiind aptă pentru realizarea acestui tip de justiţie.

Incertitudinile generate de dinamica economică. Economiile dezvoltate se caracterizează prin investiţii din ce în ce mai importante a căror termene de maturizare (intervalul de timp dintre decizia de a investi şi apariţia produsului) sunt din ce în ce mai lungi. Or, în aceste condiţii, preţurile de piaţă (rezultate din jocul cererii şi a ofertei) devin indici insuficienţi pentru investitorii care se decid cu mai mare greutate să-şi blocheze fondurile în proiecte cu rezultate incerte. Ca atare, Statul va trebui să intervină în sensul creării - pe baza unor informaţii şi prognoze -a unui „cadru de referinţă" constând în măsuri de stimulare (facilitare) care să completeze „sistemul de piaţă" care nu are şi această capacitate, evitându-se astfel fluctuaţiile conjuncturale, frecvente în fazele iniţiale ale investiţiilor, care constituie surse de instabilitate, garantându-se astfel o creştere armonioasă a produsului naţional (strategii de dezvoltare planificate).

Aşadar, puterile publice trebuie să asigure o bună coordonare a multiplelor decizii ce se iau în realizarea programelor economice de dezvoltare,

instituind mecanisme din ce în ce mai complexe prin intermediul cărora să asigure această coordonare, sub forma politicilor economice şi planificării care să servească şi să completeze mecanismele de piaţă şi, în acelaşi timp, să contribuie şi la realizarea voinţei colective de orientare deliberată a dezvoltării. Or, în această privinţă rolul dreptului este esenţial şi indispensabil.

Acest rol al dreptului constă în garantarea menţinerii echilibrate a balanţei între „sistemul de valori sociale" şi „eficacitatea economică". Cu alte cuvinte, dreptul nu mai este conceput doar ca un cadru juridic de funcţionare a economiei, regulile juridice căpătând şi alte valenţe prin intermediul cărora pot fi corectate deficienţe de orice fel (rigidităţi, derapaje, abuzuri etc.) care pot fi generate în condiţiile luării în considerare (rigidă) numai a principiului „eficacităţii economice". S-a ajuns la concluzia că „liberul joc al pieţei" nu este suficient, nu are capacitatea de a asigura un echilibru între economic şi social. Eficacitatea economică nu reprezintă decât o valoare (este adevărat foarte importantă) printre altele, neexprimând sau neacoperind toate nevoile şi interesele oamenilor, existând şi alte valori cum sunt „calitatea vieţii", „echitatea" şi „solidaritatea", valori pe care piaţa este incapabilă să le conceapă şi să le exprime doar prin mecanismul preţurilor determinate prin legea cererii şi a ofertei, fiind deci străine raporturilor de piaţă. Mecanismele de piaţă nu ţin seama cu adevărat de costurile sociale ale muncii cum sunt: uzura prin oboseală, surmenajul, oboseala fizică sau nervoasă. Iar, în ceea ce-i priveşte pe consumatori, economiştii nu se preocupă de aspecte cum ar fi considerentele legate de nevoile ce trebuie satisfăcute, producătorii creând adesea în mod artificial nevoi recurgând la o publicitate agresivă sau mincinoasă, situaţii în care se

combină alienarea consumatorului cu risipa resurselor prin cheltuieli care vor fi incluse în preţurile de vânzare.

Aşadar, apare, în mod obiectiv, necesitatea ca prin regulile de drept să se exprime o pluralitate de valori nu numai cele de natură economică, adică valori sociale, etice, culturale, politice, realizându-se, în final, o „ordine juridică compatibilă să acopere în mod echilibrat atât activităţile economice, cât şi interesele celor angrenaţi în aceste activităţi". O atare ordine juridică este chemată să instituie „un sistem care să înglobeze mai multe valori, nu numai eficacitatea economică".

Eficacitatea economică poate aduce atingeri grave eficacităţii normelor juridice, tot aşa după cum şi exigenţele ordinii juridice pot impune constrângeri eficacităţii economice, aşa încât, în mod obiectiv, trebuie asigurat un echilibru între aceste cerinţe, garantat tocmai prin valorile care fundamentează o ordine juridică echitabilă, fiind vorba de o normalizare atât a raporturilor economice, cât şi a celor juridice, adică a vieţii în societate. Aceste valori sunt: solidaritatea, securitatea juridică, dreptul la apărare, loialitatea .

Capitolul VII: Dreptul la libertate şi la siguranţă

1. Noţiunea de „libertate” exprimă starea de independenţă a individului sau a grupului în raport cu: mediul său înconjurător, societatea şi guvernarea acestei societăţi. Mai explicit, este vorba de dreptul de a face tot ceea ce nu prejudiciază pe altul, în limitele permise de lege (libertatea civilă) şi împotriva unei stări de guvernare (libertăţile politice, libertăţile publice). Cu alte cuvinte, dreptul de a nu fi privat, prin constrângere, de facultatea de a acţiona aşa cum doreşti, însă în cazuri expres prevăzute de lege (libertatea individuală). Aceste diferite sensuri ale noţiunii de „libertate” sunt cele care au fost fixate prin Declaraţia drepturilor omului din 1789, fiind apoi preluate şi mult dezvoltate după cel de-al doilea război mondial, atât pe plan internaţional, cât şi pe plan european.

a) *Pe plan internaţional* a fost adoptată de către Adunarea generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite, Convenţia internaţională cu privire la drepturile civile şi politice, din 16 decembrie 1966, care, la art. 9, prevede că:

„ (1) Orice om are dreptul la libertate şi la securitatea persoanei sale. Nimeni nu poate fi arestat sau deţinut în mod arbitrar. Nimeni nu poate fi privat de libertatea sa decât pentru motivele legale şi în conformitate cu procedura prevăzută de lege.

(2) Orice individ arestat va fi informat, în momentul arestării sale, despre motivele acestei

arestări şi va fi înştiinţat, în cel mai scurt timp, de orice învinuire care i se aduce.

(3) Orice individ arestat sau deţinut pentru comiterea unei infracţiuni penale va fi adus, în termenul cel mai scurt, în faţa unui judecător sau a unei alte autorităţi împuternicite prin lege să exercite funcţiuni judiciare şi va trebui să fie judecat într-un interval de timp rezonabil sau să fie eliberat. Detenţiunea persoanelor care urmează a fi trimise în judecată nu trebuie să constituie regula, dar punerea în libertate poate fi subordonată unor garanţii asigurând înfăţişarea lor la şedinţele de judecată, pentru toate celelalte acte de procedură şi, dacă este cazul, pentru executarea hotărârii.

(4) Oricine a fost privat de libertate prin arestare sau deţinere are dreptul de a introduce recurs în faţa unui tribunal, pentru ca acesta să hotărască neîntârziat asupra legalităţii deţinerii sale şi să ordone liberarea sa, dacă detenţiunea este ilegală.

(5) Orice individ care a fost victima unei arestări sau detenţiuni ilegale are drept la o reparaţie".

Articolul 9 din Convenţie este completat de alte două articole (10 şi 11) care sunt strâns legate între ele, fiind vorba de tratamentul la care vor fi supuşi cei arestaţi sau deţinuţi în intervalul de timp cât aceste persoane vor fi private de libertate.

Articolul 10 are următorul cuprins:

„ (1) Orice persoană privată de libertate va fi tratată cu umanitate şi cu respectarea demnităţii inerente persoanei umane.

(2) Cei aflaţi în prevenţie vor fi, în afară de circumstanţe excepţionale, separaţi de condamnaţi şi vor fi supuşi unui regim distinct, potrivit condiţiei lor de persoane necondamnate.

Tinerii aflaţi în prevenţie vor fi separaţi de adulţi şi se va hotărî în legătură cu cazul lor cât mai repede cu putinţă.

(3) Regimul penitenciar va cuprinde un tratament al condamnaţilor având drept scop esenţial ameliorarea lor şi reclasarea lor socială. Tinerii delincvenţi vor fi separaţi de adulţi şi supuşi unui regim potrivit vârstei şi statului lor legal".

Articolul 11 are următorul conţinut: „Nimeni nu poate fi întemniţat pentru singurul motiv că nu este în măsură să execute o obligaţie contractuală".

Deci, în viziunea Convenţiei internaţionale cu privire la drepturile civile şi politice, conţinutul sintagmei „dreptul la libertate şi la siguranţă" cuprinde următoarele componente: condiţiile în care se poate proceda la arestare şi deţinere; dreptul persoanei private de libertate de a fi tratate cu umanitate şi respectarea demnităţii inerente persoanei umane; inadmisibilitatea lipsirii de libertate a persoanelor care nu sunt în măsură să-şi execute obligaţiile contractuale.

b) *Pe plan european* a fost adoptată, la Roma, la 4 noiembrie 1950, *Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale*, modificată şi completată prin mai multe protocoale.

În această convenţie, la titlul I „Drepturi şi libertăţi", în articolul 5, sunt prevăzute următoarele:

„(1) Orice persoană are dreptul la libertate şi la siguranţă. Nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepţia următoarelor cazuri şi potrivit căilor legale:

a. dacă este deţinut legal pe baza condamnării pronunţate de un tribunal competent;

b. dacă a făcut obiectul unei arestări sau deţineri legale pentru nerespectarea unei hotărâri pronunţate de un tribunal, conform legii, ori în vederea garantării executării unei obligaţii prevăzute de lege;

c. dacă a fost arestat sau reţinut în vederea aducerii sale în faţa autorităţii judiciare competente, atunci când există motive verosimile de a se bănui că a săvârşit o infracţiune sau când există motive temeinice ale necesităţii de a-l împiedica să fugă după săvârşirea acesteia;

d. dacă este vorba de detenţia legală a unui minor, hotărâtă pentru educaţia sa sub supraveghere sau despre detenţia sa legală, în vederea aducerii sale în faţa autorităţii competente;

e. dacă este vorba de detenţia legală a unei persoane susceptibile să transmită o boală contagioasă, a unui alienat, a unui alcoolic, a unui toxicoman sau a unui vagabond;

f. dacă este vorba despre arestarea sau detenţia legală a unei persoane în scopul împiedicării pătrunderii ilegale pe teritoriul sau împotriva căreia se află în curs o procedură de expulzare ori de extrădare.

(2) Orice persoană arestată trebuie să fie informată, în cel mai scurt termen şi într-o limbă pe care o înţelege, asupra motivelor arestării sale şi asupra oricărei acuzaţii aduse împotriva sa.

(3) Orice persoană arestată sau deţinută în condiţiile prevăzute de paragraful 1c din prezentul articol trebuie adusă de îndată înaintea unui judecător sau a altui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuţiilor judiciare şi are dreptul de a fi judecată într-un termen rezonabil sau eliberată în cursul procedurii. Punerea în libertate poate fi subordonată unei garanţii a prezentării persoanei în cauză la audiere.

(4) Orice persoană lipsită de libertatea sa prin arestare sau detenţie are drept să introducă recurs în faţa unui tribunal pentru ca acesta să statueze într-un termen scurt asupra legalităţii detenţiei sale şi să dispună eliberarea sa dacă detenţia este ilegală.

(5) orice persoană victimă a unei arestări sau deţineri în condiţii contrarii dispoziţiilor acestui articol, are dreptul la reparaţii.

În *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene* , adoptată în anul 2007, de Parlamentul European, Consiliul şi Comisie, la art. 53 se face precizarea că „Niciuna din dispoziţiile prezentei carte (printre care şi cele de la art. 6 referitoare la dreptul la libertate şi siguranţă) nu poate fi interpretată ca restrângând sau aducând atingere drepturilor omului şi libertăţilor fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare respective, de dreptul Uniunii şi dreptul internaţional, precum şi de convenţiile internaţionale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părţi, şi, în special, de Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, precum şi prin Constituţiile statelor membre”.

c) *Pe plan naţional*, în Constituţia României, la articolul 23 „Libertatea individuală” sunt prevăzute următoarele:

„ (1) Libertatea individuală şi siguranţa persoanei sunt inviolabile.

(2) Percheziţionarea, reţinerea sau arestarea unei persoane sunt permise numai în cazurile şi cu procedura prevăzute de lege.

(3) Reţinerea nu poate depăşi 12 ore.

(4) Arestarea preventivă se dispune de judecător şi numai în cursul procesului penal.

(5) În cursul urmăririi penale arestarea preventivă se poate dispune pentru cel mult 30 de zile şi se poate prelungi cu câte cel mult 30 de zile, fără ca durata totală să depăşească un termen rezonabil, şi nu mai mult de 180 de zile.

(6) În faza de judecată instanţa este obligată, în condiţiile legii, să verifice periodic, şi nu mai târziu de 60 de zile, legalitatea şi temeinicia arestării preventive şi să dispună, de îndată, punerea în libertate a inculpatului, dacă temeiurile care au determinat arestarea preventivă au încetat sau dacă instanţa constată că nu există temeiuri noi care să justifice menţinerea privării de libertate.

(7) Încheierile instanţei privind măsura arestării preventive sunt supuse căilor de atac prevăzute de lege.

(8) Celui reţinut sau arestat i se aduc de îndată la cunoştinţă, în limba pe care o înţelege, motivele reţinerii sau ale arestării, iar învinuirea, în cel mai scurt termen; învinuirea se aduce la cunoştinţă numai în prezenţa unui avocat, ales sau numit din oficiu.

(9) Punerea în libertate a celui reţinut sau arestat este obligatorie, dacă motivele acestor măsuri au dispărut, precum şi în alte situaţii prevăzute de lege.

(10) Persoana arestată preventiv are dreptul să ceară punerea sa în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cauţiune.

(11) Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de condamnare, persoana este considerată nevinovată.

(12) Nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condiţiile şi în temeiul legii".

Întrucât condiţiile de reţinere şi arestare sunt pe larg reglementate în Constituţia României, considerăm că nu mai este cazul să ne referim şi la

dispoziţiile din legislaţia penală referitoare la această temă.

2. În legătură cu „dreptul la libertate şi siguranţă”, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a dezvoltat o bogată jurisprudenţă la care ne vom referi, în mod rezumativ, în cele ce urmează.

a. *Dreptul la libertate şi siguranţă. Privările de libertate autorizate. Detenţie în Franţa după o condamnare pronunţată de instanţa de judecată din Spania. Lipsa unui text de lege francez privind executarea hotărârilor judecătoreşti de acest tip*.

În fapt, numiţii J.D., cetăţean spaniol şi P.J., cetăţean cehoslovac, sunt urmăriţi, în Andora - la Vieille, pentru tâlhărie. Tribunalul de Corts al Principatului Andora, care le-a aplicat inculpaţilor câte 14 ani de închisoare, decizia fiindu-le notificată a doua zi în limba spaniolă.

Petiţionarii au exercitat singura cale de atac existentă în astfel de situaţii, adică un recurs în retractare în faţa aceloraşi judecători, recurs care a fost respins.

După respingerea recursului, petiţionarii au ales să execute pedeapsa în Franţa, legislaţia din Andora oferind persoanelor condamnate la o pedeapsă privativă de libertate mai mare de trei ani posibilitatea opţiunii executării acesteia în Franţa sau Spania.

Petiţionarii J.D. şi P.J. s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, formulând o serie de revendicări, unele în legătură cu încălcarea prevederilor art. 6 din Convenţia europeană (dreptul la un proces echitabil), alta, care îl privea doar pe numitul P.J. (cetăţean cehoslovac), care a susţinut că nu a beneficiat de asistenţa unui interpret şi a unui avocat în timpul instrucţiei, şi că, de asemenea, nu ar fi primit o traducere completă în timpul procesului, fiind astfel

încălcate prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană (dreptul la libertate şi la siguranţă).

Ambii petiţionari au mai susţinut că detenţia lor în Franţa, după condamnarea de către o instanţă de judecată din Andora, nu este conformă legislaţiei franceze întrucât în această legislaţie nu figurează nici un text privind executarea în Franţa a hotărârilor judecătoreşti de acest tip.

În ceea ce priveşte încălcarea prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană, Curtea a făcut sublinierea că deşi lipsesc texte legale exprese cu privire la executarea pedepselor, în Franţa, a unor hotărâri de condamnare în penal, pronunţate de instanţele judecătoreşti din Andora, există totuşi o cutumă multiseculară franco-andoriană potrivit căreia persoanele condamnate de către jurisdicţiile din Andora pot să execute pedeapsa lor în închisorile franceze, ceea ce reprezintă o stabilitate şi posedă o forţă juridică suficientă pentru a servi de bază a detenţiei în litigiu, în pofida statutului particular al Principatului Andora în dreptul internaţional, deci, sub acest aspect, nu a avut loc o încălcare a prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

În ceea ce priveşte controlul regularităţii privării de libertate a petiţionarilor faţă de normele juridice din Principatul Andora, Curtea a decis că nu are o asemenea competenţă, întrucât Convenţia europeană nu impune părţilor contractante să aplice regulile sale statelor sau teritoriilor terţe, aşa încât nu-i revenea Franţei obligaţia de a cerceta dacă procedura care a condus la condamnarea petiţionarilor îndeplineşte condiţiile impuse prin art. 6 al Convenţiei europene. Deci, s-a considerat că nici sub acest aspect nu au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 26 iunie 1992, în cauza Droza şi Janousek contra Franţei*).

b. *Dreptul la libertate şi siguranţă. Fixarea domiciliului într-o mică insulă. Condiţii de existenţă degradantă*.

În fapt, M.G. este plasat în detenţie provizorie, în temeiul unei decizii de stabilire a domiciliului forţat, în insula Asinara situată în largul Sardiniei, în timpul căreia se căsătoreşte şi are şi un copil. Această măsură a fost luată în temeiul unei legi referitoare la persoanele periculoase pentru securitatea şi moralitatea publică şi a unei legi contra mafiei. Ea a fost adoptată de un Tribunal din Milano şi confirmată în apel şi apoi la Curtea de Casaţie.

Numitul M.G. s-a adresat Curţii Europene pentru Drepturile Omului formulând diverse revendicări privind soarta sa în insula Asinara, denunţând condiţiile de existenţă degradante, neputând trăi în permanenţă cu familia sa.

Abordând fondul cauzei, Curtea a subliniat de la început că ea nu controlează sistemul legilor italiene sus-menţionate, ci numai modul în care acesta a trebuit să trăiască în insula Asinara.

Guvernul italian a susţinut că petiţionarul a suportat simple restricţii la libertatea sa de mişcare şi nu o privare de libertate în sensul art. 5 din Convenţia europeană.

În această privinţă, Curtea a constatat că dacă spaţiul de care dispunea petiţionarul, pentru a se deplasa, nu era circumscris printr-o împrejmuire materială, nu mai puţin acesta nu acoperea decât o mică fracţiune dintr-o insulă cu acces dificil, al cărui teritoriu era ocupat în proporţie de nouă zecimi de un penitenciar, iar petiţionarul trăia înconjurat, îndeosebi, de indivizi supuşi aceleiaşi măsuri ca şi el, aşa încât celui în cauză i se ofereau

puţine ocazii de contacte sociale, o supraveghere strictă şi cvasiconstantă exercitându-se asupra sa. Acest sejur a durat 16 luni.

Guvernul italian a mai pledat, în subsidiar, că şi în situaţia în care s-ar considera că în speţă a avut loc o privare de libertate a petiţionarului, aceasta a fost justificată, fiind întemeiată pe prevederile art.5 paragraful 1 lit. e din Convenţie (situaţie de vagabondaj).

Curtea a respins şi această teză, întrucât, pe de-o parte, petiţionarul nu era un vagabond şi nu a fost tratat ca atare, iar, pe de altă parte, dacă art. 5 paragraful 1, litera e autorizează detenţia vagabonzilor, aceasta nu înseamnă, implicit, şi detenţia persoanelor mai periculoase, privarea de libertate a petiţionarului negăsindu-şi justificare nici în alte dispoziţii ale art. 5 paragraful 1. În concluzie, Curtea a ajuns la concluzia că, în speţă, au fost încălcate prevederile art. 5 paragraf 1 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 6 noiembrie 1980, în cauza Gazzardi contra Italiei*).

c. *Dreptul la libertate şi securitate. Detenţia provizorie a unui parlamentar bănuit că ar fi deturnat fonduri publice. Condiţii de admitere*.

În fapt, numitul A.K.L. a fost inculpat de deturnare de fonduri publice, începându-se urmărirea penală împotriva sa şi luându-se măsura arestării şi punerea sa în detenţie provizorie, invocându-se utilitatea se a se arăta publicului riscul pe care îl prezintă astfel de delicte pentru societate, personalitatea autorului şi necesitatea de a se garanta prezenţa acestuia la proces. Cererile sale de punere în libertate i-au fost respinse, însă, ulterior s-a decis punerea lui în libertate, fiind însă împuşcat nu departe de domiciliul său.

În urma decesului lui A.K.L., văduva şi copiii acestuia s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, în calitate de continuatori ai reclamaţiei la care ar fi fost îndreptăţit cel decedat.

În speţă, Curtea constată că nu a primit nici un element sau informaţie capabilă să demonstreze că existau motive plauzibile de a-l bănui pe reclamant (reprezentat de familia sa) că ar fi căutat să obţină un avantaj pentru el sau pentru un terţ prin decizii ilegale, abuzând de puterile sale. Or, în aceste condiţii, privarea sa de libertate nu era legală, iar punerea în practică a acestei măsuri nu a avut la bază „motive plauzibile pentru a se bănui că reclamantul ar fi comis vreo infracţiune". În consecinţă, Curtea a considerat că nu mai este cazul să se examineze dacă detenţia putea trece, în mod rezonabil, ca fiind necesară cu scopul de a-l împiedica pe reclamant să comită o infracţiune sau să fugă după ce ar fi comis-o. Deci, a avut loc o încălcare a art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi libertăţile fundamentale.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 20 martie 1997, în cauza Lukanov contra Bulgariei*).

d. *Dreptul la libertate şi securitate. Minor. Măsură provizorie de supraveghere*.

În fapt, N.B., minor care a locuit în diferite cămine, a fost supus în mai multe rânduri unor măsuri judiciare, luate de jurisdicţiile pentru tineri, printre care nouă măsuri provizorii de plasare în închisori, fiecare cu o durată de cel mult 15 zile, măsuri care se înscriu în cadrul unor proceduri legale de urgenţă, întemeiate pe imposibilitatea materială de a se găsi o persoană fizică sau instituţie care să-l primească şi dat fiind comportamentul periculos al acestuia.

Minorul N.B. a contestat legalitatea unora dintre aceste decizii de plasare, în faţa Curţii de Apel din Liege, recursurile sale fiind însă declarate ca inadmisibile, fiind lipsite de obiect deoarece, între timp, şi-a recăpătat libertatea ca urmare a ordonanţelor emise de jurisdicţiile pentru tineri, iar pentru motive asemănătoare, trei dintre aceste recursuri au fost respinse şi de Curtea de Casaţie belgiană.

N.B. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, prin care denunţă casele de arest şi condiţiile de recurs, invocând prevederile art. 5 paragraful 1, lit. d, art. 5 paragraful 4, art. 13 şi art. 14 combinat cu art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană (măsură de educaţie sub supraveghere, dreptul la recurs asupra legalităţii detenţiei, discriminarea combinată cu dreptul la recurs asupra legalităţii detenţiei).

Examinând cauza, Curtea subliniază că prevederile art. 5 paragraful 1, lit. d sunt singurele care trebuie luate în considerare, în speţă, prin aceea că potrivit acestui text trebuia controlată respectarea regularităţii măsurilor luate, inclusiv „căile legale" privind detenţia suferită de minorul N.B. Or, regularitatea implică nu numai respectarea legislaţiei naţionale ci şi conformitatea măsurii privative de libertate, în scopul protejării individului împotriva arbitrariului (scop prevăzut de art. 5).

Curtea reţine spiritul liberal al legislaţiei belgiene în materie de delincvenţă juvenilă, legislaţie concepută să evite la maximum privarea de libertate a minorilor, asemenea măsuri nefiind autorizate decât în cazuri limitate.

În ceea ce priveşte, însă, absenţa arbitrarului, Curtea remarcă faptul că minorul a făcut obiectul unei „navete" în direcţia caselor de arest, fără a se ajunge la aplicarea efectivă a unui regim de educaţie supravegheată într-un mediu specializat,

în Belgia neexistând, la data respectivă, o infrastructură potrivită şi adaptată obiectivelor stabilite prin lege. Ca atare, a avut loc o acumulare inutilă a măsurilor de plasare în arest, nefiind urmărit nici un scop educativ, încălcându-se astfel prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

Guvernul belgian a susţinut că procedura urmată în faţa judecătorului pentru minori, încorpora şi controlul cerut de art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană.

În această privinţă, Curtea constată că, într-adevăr, judecătorul pentru minori constituie, evident, un „tribunal" din punct de vedere organic. Dar, art. 5 paragraful 4 din Convenţie nu se mulţumeşte doar cu existenţa acestui organ decât dacă procedura urmată de acesta are un caracter judiciar şi dă garanţii suficiente individului în cauză. Or, în cazul de faţă, se constată că dacă procedura litigioasă a fost însoţită de anumite garanţii, care nu sunt neglijabile, nu s-a stabilit că avocaţii minorului N.B. ar fi fost prezenţi cu prilejul audierilor care au precedat plasarea sa în arest şi nici dacă aceştia ar fi avut acces la dosar. Aşa încât, singura apariţie personală a minorului în faţa judecătorului pentru tineri nu era de natură să-i ofere garanţiile necesare.

Apoi, căile de recurs existente nu erau nici ele, în opinia Curţii, conforme prevederilor art. 5 paragraful 4 din Convenţie. Procedurile urmate în faţa jurisdicţiilor pentru tineri, în scopul revizuirii deciziilor iniţiale s-au desfăşurat în absenţa avocaţilor persoanei în cauză. Toate apelurile au fost respinse ca inadmisibile din lipsă de obiect, iar Curtea de casaţie a respins recursurile introduse împotriva hotărârilor judiciare astfel adoptate, întrucât recursurile exercitate nu au permis jurisdicţiilor competente să statueze, în termen scurt, asupra legalităţii măsurilor de privare de libertate a minorului. deci, s-a considerat că au fost

încălcate prevederile art.5 paragraful 4 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 29 februarie 1988, în cauza Boumar contra Belgiei*).

e. *Dreptul la libertate şi securitate. Măsură de plasare în izolare obligatorie într-un spital pentru a se preveni propagarea unei boli contagioase*.

În fapt, E.E. homosexual se descoperă că este seropozitiv şi că l-a contaminat pe un tânăr de 19 ani, cu care a avut relaţii sexuale.

Medicul de departament cere tribunalului administrativ departamental (din Suedia) să dea o hotărâre care să permită plasarea lui E.E. în izolare spitalicească obligatorie pe o perioadă de maximum trei luni, în baza unei legi referitoare la bolile contagioase.

Tribunalul acceptă cererea, ţinând seamă şi de faptul că E.E. a omis să aplice prescripţiile medicului departamental pentru împiedicarea propagării virusului.

În continuare, au fost pronunţate şi alte hotărâri din 6 în 6 luni având drept efect privarea de libertate a lui E.E., pe o perioadă totală de un an şi şase luni, deoarece E.E. a fugit de mai multe ori din unitatea spitalicească.

Într-un final, tribunalul a respins o nouă cerere de obţinere a unei prelungiri a izolării pentru considerentul că nu se ştie unde este E.E. şi pentru că nu există nici o informaţie cu privire la comportamentul său, starea sa de sănătate etc.

Ulterior se pare că, la un moment dat, s-a ştiut unde se găseşte E.E., însă medicul departamental competent a considerat, de această dată, că nimic nu mai justifica plasarea sa în izolare spitalicească obligatorie.

E.E. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, susţinând că hotărârile de plasare în izolare obligatorie, al cărei obiect a fost, ca şi spitalizarea impusă împotriva voinţei sale, sunt contrare prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

Curtea, constatând că detenţia petiţionarului are un fundament în dreptul suedez, a considerat că este cazul să se cerceteze dacă această privare de libertate a corespuns unei „detenţii legale a unei persoane susceptibile să propage o boală contagioasă", în sensul art. 5 paragraf 1 lit. e din Convenţie.

În consecinţă, trebuia să se determine care erau criteriile aplicabile, pentru a se verifica dacă o asemenea detenţie a respectat principiul proporţionalităţii şi cerinţa potrivit căreia „orice detenţie trebuie să fie lipsită de arbitrar".

În această privinţă, Curtea a considerat că pentru a aprecia „legalitatea detenţiei unei persoane susceptibilă de a propaga o boală contagioasă", problemele esenţiale sunt de a şti dacă boala contagioasă este periculoasă pentru sănătatea şi siguranţa publică şi dacă detenţia persoanei infectate constituie o măsură luată în ultimă instanţă pentru a împiedica propagarea bolii, după ce vor fi fost luate în considerare măsuri mai puţin riguroase, considerate ineficiente pentru protecţia interesului general. Dacă aceste criterii nu mai sunt reunite, fundamentul privării de libertate încetează să mai existe.

În speţă, primul criteriu era îndeplinit prin faptul că HIV era şi continuă să fie periculos pentru sănătatea şi siguranţa publică.

În ceea ce priveşte cel de-al doilea criteriu, însă, Curtea atrage atenţia că guvernul nu a prezentat nici un exemplu de măsuri mai puţin

riguroase care ar fi putut fi avute în vedere, şi care să se fi dovedit a fi insuficiente pentru protecţia interesului general. Se face şi subliniere că chiar dacă petiţionarul se află în libertate în cea mai mare parte a perioadei respective nimic nu indică sau dovedeşte că în acest interval de timp (cât a fost liber) el ar fi avut relaţii sexuale fără să-şi fi informat în prealabil partenerul că era seropozitiv, sau să fi neglijat să utilizeze prezervativ şi nici măcar că ar fi întreţinut raporturi sexuale.

În aceste condiţii. Curtea a apreciat că izolarea obligatorie a petiţionarului nu a constituit o măsură luată ca mijloc extrem pentru a-l împiedica să propage HIV, după ce măsuri mai puţin riguroase vor fi fost luate în calcul şi considerate ineficiente pentru a proteja interesul general. Mai mult, prelungindu-se timp de aproape şapte ani, decizia de plasare obligatorie în izolare spitalicească a petiţionarului - aşa încât E.E. a fost spitalizat împotriva voinţei sale aproape un an şi jumătate - autorităţile nu au asigurat un just echilibru între necesitatea de a evita propagarea HIV şi dreptul petiţionarului la libertate.

Prin urmare, în speţă, a avut loc o încălcare a prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia III, hotărârea din 25 ianuarie 2005, în cauza Euhorn contra Suediei*)

Comentariu. Este evident că autorităţile suedeze nu au procedat, în acest caz, cu toată rigoarea cuvenită pentru că E.E., seropozitiv, a avut relaţii sexuale neprotejate cu un tânăr de 19 ani pe care l-a contaminat. Apoi, nu s-a ţinut seama de faptul că E.E. a fugit de mai multe ori din spital unde era plasat în izolare obligatorie pentru prevenirea contaminării altora cu boala de

care suferea. Deci, nu mai putea fi vorba de luarea în considerare şi a altor măsuri mai puţin riguroase decât cea a privării de libertate, din moment ce E.E. a dat dovadă şi de inconştienţă, având raporturi sexuale neprotejate cu un tânăr pe care l-a contaminat.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a făcut o analiză a prevederilor legii suedeze care permite plasarea persoanelor suferind de boli contagioase în izolare spitalicească pe maximum trei luni, spre a putea aprecia dacă această izolare poate fi prelungită şi chiar dacă în cazul infecţiilor HIV o atare izolare mai poate fi considerată ca eficientă şi pentru ce perioadă de timp, pentru a nu mai putea constitui, în continuare, un pericol public, din moment ce cel infectat cu HIV nu poate fi considerat vindecat după ce izolarea sa obligatorie, pe durata maximă de trei luni, a expirat.

Nu este analizată cu atenţie nici situaţia derivând din împrejurarea că, la un moment dat, instanţa de judecată a respins una din cererile succesive de obţinere a unei noi prelungiri a măsurii de plasare obligatorie în izolare spitalicească pentru motivul că nu se ştia unde se află E.E., ce comportament are şi care este starea sa de sănătate, motiv pentru care însuşi medicul competent a considerat că nimic nu mai justifica plasarea sa în izolare spitalicească obligatorie.

Toate aceste situaţii de fapt şi de drept pun în evidenţă o lipsă de claritate în reglementare, motiv pentru care luarea măsurii de izolare obligatorie rămâne lipsită de rigoare ştiinţifică şi coerenţă, constituind mai mult o activitate rutinieră lipsită de perspectivă. (Vasile Pătulea)

f. *Dreptul la libertate şi siguranţă. Internare şi tratament medical într-o clinică privată, împotriva voinţei pacientei*.

În fapt, numita W.S. a fost plasată, între 29 iulie 1977 şi 5 aprilie 1979, într-un serviciu închis al unei clinici private de psihiatrie, la cererea tatălui său, în urma unor conflicte familiale. Fiind majoră în acel moment, ea nu a fost pusă sub tutelă, nu a semnat nici o declaraţie prin care să consimtă la plasarea sa în acea clinică privată şi nici nu s-a pronunţat vreo hotărâre judecătorească prin care să se autorizeze internarea sa într-un spital psihiatric. După internare, W.S. a încercat în repetate rânduri să fugă din clinică, dar a fost readusă cu forţa de către poliţie.

În 1994 s-a stabilit, printr-o expertiză, faptul că numita W.S. nu a suferit niciodată de schizofrenie, de care s-a presupus că aceasta suferea în momentul internării sale în clinica de psihiatrie şi pentru care a şi fost tratată.

Bazată pe această expertiză, numita W.S. a intentat în 1997 o acţiune în răspundere, în faţa Tribunalului regional din Bremen, împotriva clinicii private, în vederea obţinerii unei indemnizaţii pentru prejudiciul decurgând din internarea şi tratamentul suferit în acea clinică din 1977 până în 1979. Acţiunea a fost admisă, considerându-se că internarea numitei W.S. a fost contrară dreptului german, aceasta neconsimţind la internarea şi tratamentul său în acea clinică.

Curtea de Apel din Bremen a anulat sentinţa pronunţată de instanţa de fond şi a respins acţiunea reclamantei pentru motivul că dreptul la acţiunea în indemnizare, fondată pe responsabilitatea civilă delictuală, era prescrisă, reclamanta nemaiputând să invoce, eventual, nici măcar o responsabilitate civilă contractuală.

Curtea Federală de Justiţie a respins şi ea, recursul reclamantei.

W.S. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, invocând, printre altele, şi încălcarea prevederilor art.5 din Convenţia europeană şi plângându-se de plasarea sa într-o clinică privată, fiind supusă acolo unui tratament medical inadecvat.

Examinând cauza în fond, Curtea a constatat că petiţionara W.S. a încercat de mai multe ori, să fugă din clinica privată unde fusese internată fără consimţământul său, fiind aşadar, privată de libertatea sa, în sensul prevederilor art.5 paragraful 1 din Convenţie. Curtea a mai reţinut că Germania este vinovată de această privare de libertate în trei privinţe: autorităţile au participat activ la plasarea petiţionarei în clinică, atunci când poliţia, recurgând la forţă, a readus-o în clinica de unde fugise; cu ocazia procedurii judiciare de indemnizare, introdusă de petiţionară, instanţele judecătoreşti naţionale nu au interpretat dispoziţiile de drept civil aplicabile în cauză, în spiritul prevederilor art. 5 din Convenţie; statul a violat obligaţia care îi revenea de a o proteja pe petiţionară împotriva ingerinţelor în dreptul său la libertate comise de particulari.

În concluzie, întrucât nici un tribunal nu a autorizat internarea petiţionarei, această internare nu era legală, aşa încât a avut loc o încălcare a prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia III, hotărârea din 16 iunie 2005, în cauza Stork contra Germaniei*)

Comentariu. În esenţă, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, constatând că numita W.S. a fost internată într-un serviciu închis al unei clinici

private de psihiatrie, fără consimţământul acesteia, deşi era majoră, şi în lipsa unei hotărâri judecătoreşti de punere sub interdicţie judiciară, a fost încălcat dreptul acesteia la libertate şi securitate, fiind privată nelegal de libertate între anii 1977-1979, aşa încât au fost violate prevederile art.5 paragraful 1 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi libertăţilor fundamentale.

Argumentându-şi în drept această hotărâre, Curtea a subliniat că instanţele judecătoreşti germane care, în final, au respins acţiunea numitei W.S. în stabilirea şi acordarea unei indemnizaţii pentru daunele suferite ca urmare a privării de libertate nelegale, au adoptat o soluţie care nu a ţinut seama şi de prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie şi, în consecinţă, a acordat petiţionarei o indemnizaţie de 75000 euro pentru daunele morale suferite de aceasta prin privarea sa nelegală de libertate.

Soluţia este criticabilă pentru că, spre deosebire de instanţa de fond, care a admis acţiunea în despăgubiri intentată de W.S., instanţele de control judiciar, dimpotrivă, anulând hotărârea primei instanţe, au respins acţiunea în despăgubiri ca fiind prescrisă.

Într-adevăr, internarea în clinica de psihiatrie a intervenit în perioada 1977-1979, iar acţiunea în răspundere civilă delictuală (întrucât era vorba de o măsură de privare de libertate nelegală) fiind intentată în 1997, adică după 18 ani, pe bună dreptate instanţele de judecată au constatat prescrierea dreptului la acţiune şi, în consecinţă, au respins acţiunea reclamantei.

Faptul că instanţele judecătoreşti germane nu s-au referit şi la încălcarea prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană nu schimbă cu nimic situaţia juridică din cauză, pentru că

acţiunile în reparare a prejudiciilor intentate în temeiul acestui text nu sunt, nici ele, imprescriptibile.

Nu se pune nici problema minorităţii reclamantei, la data internării sale în clinica de psihiatrie, ea fiind majoră la data respectivă, deci având capacitate deplină de exerciţiu, nici problema stării sale mintale, întrucât printr-o expertiză medicală s-a stabilit că aceasta nu a suferit niciodată de schizofrenie, aşa cum s-a pus, în mod greşit, diagnosticul la internarea sa în clinica de psihiatrie, deci capacitatea sa de exerciţiu nu era alterată.

S-ar fi putut, în schimb, să fie ridicată problema, luării la cunoştinţă, de către reclamantă, despre adevărata sa stare mintală, cu ocazia expertizei medicale efectuate în anul 1997, deci ar fi existat un element nou - expertiza medicală - care ar fi îndreptăţit-o, totuşi, pe reclamantă să obţină repararea prejudiciului suferit.

În aceste condiţii, socotim că soluţia Curţii Europene a Drepturilor Omului, în această speţă, este cel puţin discutabilă. (Vasile Pătulea).

g. *Dreptul la libertate şi securitate. Plasarea într-o unitate de trezire din starea de ebrietate*.

În fapt, numitul W.L. cetăţean polonez, pensionar şi aproape orb s-a deplasat la biroul poştal, fiind însoţit de numitul W.K., precum şi de câinele său pentru orbi. La poştă, constatând că cutiile sale pentru corespondenţă sunt deschise şi goale, numitul W.L. s-a plâns funcţionarilor poştei despre această situaţie, aceştia chemând poliţia pretinzând că omul este în stare de ebrietate şi are

un comportament grosolan. Poliţiştii l-au condus la o unitate de trezire din starea de ebrietate, unde a fost examinat de un medic care a constatat că este într-o stare de ebrietate care justifică deţinerea lui în unitate timp de 6 ore, nefăcându-se un test de alcoolemie. După 6 ore, numitul W.L. a fost autorizat să plece, cu obligaţia plăţii unei sume de bani pentru transportul său şi pentru şederea în unitate.

Petiţionarul s-a adresat procurorului solicitând întreprinderea urmăririi penale contra poliţiştilor, pe care îi acuză de rele tratamente, precum şi contra personalului unităţii de trezire din stare de ebrietate. Dosarul de anchetă a fost închis, dar numitul W.L. a acţionat în judecată ministerul de finanţe pentru acordarea de daune-interese pentru brutalităţile agenţilor statului, acţiune respinsă de instanţele de judecată.

Numitul W.L. s-a adresat şi Curţii Europene a Drepturilor Omului, afirmând că detenţia în unitatea de trezire din ebrietate a fost ilegală şi arbitrară.

Examinând cauza, Curtea a reţinut că detenţia petiţionarului într-o unitate de trezire din starea de ebrietate, se traduce printr-o lipsire de libertate a acestuia, iar singurul motiv invocat de guvernul polonez este că această detenţie a fost legală, fiind vorba de un alcoolic.

În vorbirea curentă noţiunea de alcoolic desemnează nu numai o persoană dependentă de alcool, ci include în conţinutul său şi alte categorii de persoane care sunt specificate la art. 5 paragraful 1 lit. e din Convenţia europeană (persoană susceptibilă să transmită o boală contagioasă, un alienat, un toxicoman, un vagabond, În afară de alcoolici), toate aceste categorii de persoane putând fi lipsite de libertate pentru a fi supuse unui tratament medical, sau din considerente dictate de politica socială. Iar, lipsirea

de libertate a acestor categorii de persoane se face nu numai pentru motivul că acestea trebuie considerate periculoase pentru siguranţa publică, ci şi pentru că propriul lor interes poate necesita internarea lor. Nu rezultă, însă, de aici că detenţia unui individ ar fi autorizată pur şi simplu din cauză că a consumat alcool, nimic din prevederile art. 5 paragraful 1 lit. e din Convenţia europeană nepermiţând ca un individ care abuzează de alcool să fie reţinut pentru a fi restrânse efectele nefaste atât pentru el însuşi, cât şi pentru societate.

În speţă, cu privire la problema dacă detenţia petiţionarului a fost sau nu legală, nu se poate contesta că măsura respectivă a fost ordonată în temeiul legii poloneze cu privire la persoanele aflate în stare de ebrietate.

Curtea şi-a manifestat însă reticenţa în legătură cu faptul dacă comportamentul lui W.L. a constituit, într-adevăr, o ameninţare pentru public sau pentru starea sa de sănătate sau siguranţă. Or, în speţă, se pare că autorităţile, dată fiind şi starea de orbire a lui W.L., nu par să fi luat în consideraţie şi măsuri mai puţin riguroase permise de lege şi aplicate persoanelor în stare de ebrietate care nu necesită lipsirea de libertate. Nefiind, însă, luate în considerare şi astfel de măsuri, detenţia petiţionarului nu poate trece ca fiind legală, fiind deci vorba de o încălcare a prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia II, hotărârea din 4 aprilie 2000, în cauza Litwo contra Poloniei*)

h. *Dreptul la libertate şi securitate. Detenţie în vederea expulzării după respingerea unei cereri de extrădare*.

În fapt, la 22 mai 1975, numitul L.B. este condamnat în lipsă, la Geneva, în faţa instanţei de apel, la închisoare pe viaţă, pentru răpirea şi asasinarea unei adolescente elveţiene, fiind respins recursul în casaţie formulat de petiţionar. Drept urmare, parchetul general din Geneva a emis un ordin de încarcerare, poliţia italiană difuzând un mandat de arestare internaţional. În 1979, în cursul unui control de rutină jandarmeria franceză l-a arestat pe cel condamnat care se refugiase în Franţa. În aceeaşi zi, acesta a fost trimis la închisoarea din Limoges în baza unei ordonanţe de reţinere în vederea extrădării. La câteva zile după aceasta, la 31 ianuarie 1979, Italia a cerut oficial extrădarea lui L.B. Dar, Camera de acuzare de pe lângă Curtea de Apel din Limoges, a emis, la 15 mai 1979, o opinie defavorabilă extrădării celui în cauză, pentru considerentul că procedura de judecare în lipsă a petiţionarului, desfăşurată la Geneva, este incompatibilă cu ordinea publică franceză; în consecinţă, guvernul francez a refuzat să-l extrădeze pe petiţionar. Însă petiţionarul a continuat să rămână reţinut la închisoarea din Limoges, deoarece era inculpat şi în unele delicte săvârşite în Franţa. Petiţionarul a fost pus, însă, în libertate sub control judiciar, la 19 septembrie 1979, iar la 26 octombrie 1979 judecătorul de instrucţie ridică şi această măsură şi pronunţă neînceperea urmăririi penale în dosarul respectiv, însă numai pentru infracţiunea de excrocherie, petiţionarul fiind trimis în faţa Tribunalului corecţional din Limoges pentru că s-a folosit de acte false. În aceeaşi seară, totuşi, poliţia îl interpelează pe L.B. pe o stradă din oraş, îi notifică o hotărâre de expulzare luată cu câteva săptămâni înainte şi îl conduce cu o maşină la frontiera franco-elveţiană. Autorităţile elveţiene îl plasează imediat în închisoare, în vederea extrădării şi, apoi,

printr-o hotărâre a Tribunalului federal elveţian, L.B. este extrădat către Italia, în prezent acesta executându-şi pedeapsa în insula Elba.

Petiţionarul, prin avocaţii săi, a exercitat două recursuri în Franţa: unul în faţa tribunalului de mare instanţă din Paris, iar prin celălalt a fost atacată şi hotărârea de expulzare în faţa Tribunalului administrativ din Limoges: în primul recurs, instanţa s-a declarat incompetentă să judece dosarul, pentru motivul că erau puse în cauză relaţiile de la stat la stat; în cel de-al doilea recurs, s-a obţinut anularea hotărârii de expulzare pentru eroare manifestă de apreciere şi deturnare de putere.

Numitul L.B. s-a adresat şi Curţii Europene a Drepturilor Omului, plângându-se de răpirea sa, transportul forţat la graniţa francezo-elveţiană, fiind astfel privat de libertatea sa fizică şi de circulaţie şi încălcându-se prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie şi art. 2 paragraful 1 din Protocolul adiţional nr. 4 (dreptul la libera circulaţie, de a părăsi orice ţară, inclusiv a sa).

Petiţionarul a mai susţinut că nu a dispus de nici un recurs efectiv, fiind victima unei deturnări de putere.

Examinând cazul, Curtea a reţinut că, în speţă sunt aplicabile doar prevederile art. 5 paragraful 1 lit. b din Convenţia europeană (arestarea sau detenţia legală a unei persoane împotriva căreia este în curs o procedură de expulzare sau extrădare). Deci, trebuie examinată „respectarea regularităţii, inclusiv respectarea căilor legale ale privării de libertate căreia i-a căzut victimă L.B., aceasta constituind o detenţie în sensul Convenţiei.

Curtea a mai considerat că prin „regularitate” trebuie să se înţeleagă nu numai respectarea legislaţiei naţionale, dar şi conformitatea măsurii privative de libertate cu scopul prevederilor art. 5:

protejarea individului împotriva arbitrarului. Or, datele cauzei inspiră Curţii serioase îndoieli asupra compatibilităţii detenţiei litigioase cu normele juridice franceze. Iar, în ceea ce priveşte absenţa arbitrarului, Curtea a pus în evidenţă circumstanţele transportului forţat al petiţionarului până la frontiera franco-elveţiană şi anume: aşteptarea mai bine de o lună pentru notificarea deciziei de expulzare, lăsându-se impresia că se voia ca petiţionarul să fie lăsat în necunoştinţă de cauză în legătură cu ceea ce se pregătea împotriva sa (adică promptitudinea interpelării sale şi mai ales modalităţile de executare a expulzării). În consecinţă, adoptând un demers global şi întemeindu-se pe un ansamblu de elemente concordante, Curtea a tras concluzia că privarea de libertate a lui L.B. nu a fost făcută potrivit normelor legale, nefiind vorba despre o detenţie necesară în cadrul normal al unei proceduri de expulzare, ci de o măsură deghizată de extrădare, fiind încălcate prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 18 decembrie 1987, în cauza Bozano contra Franţei).*

i. *Dreptul la libertate şi securitate. Garanţiile acordate persoanelor private de libertate. Dispariţia unei persoane după arestarea sa de forţele de ordine*.

În fapt, numita K.K. resortisantă turcă aduce la cunoştinţa autorităţilor turce că fiul său U. a dispărut cu ocazia unei operaţiuni desfăşurate de forţele de ordine, care au adus cu sine confruntări violente cu persoane bănuite de terorism din satul

în care locuia petiţionara şi fiul său. Potrivit sesizării sale, aceasta l-a văzut pe fiul său pentru ultima oară sub paza soldaţilor şi paznicilor satului şi că acesta părea a fi fost bătut.

La sesizarea sa, jandarmeria ţinutului a informat-o că fiul său nu a fost niciodată ţinut în arest preventiv, iar Curtea Siguranţei de Stat din D. a afirmat, la rândul ei, că nu există nici o urmă a vreunei plasări în arest preventiv a fiului său. Iar, la 21 martie 1994, procurorul din B. şi-a declinat competenţa de a ancheta acest caz pentru considerentul că fiul petiţionarei ar fi fost răpit şi ucis de PKK (formaţiune politică a turcilor kurzi).

În aceste condiţii, numita K.K. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, susţinând că dispariţia fiului său U. angajează responsabilitatea autorităţilor statului turc în temeiul art. 2, 3, 5, 13, 14 şi 18 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

Examinând cauza cu care a fost investită, Curtea a reţinut următoarele:

a) Guvernul turc a afirmat că petiţionara nu a avut, de fapt, niciodată intenţia de a face o plângere împotriva autorităţilor turce în legătură cu dispariţia fiului său.

Această excepţie preliminară a fost respinsă întrucât din situaţia de fapt rezultă clar că, dimpotrivă, petiţionara şi-a manifestat voinţa de a lua parte la dezbaterile din faţa Curţii şi chiar a asistat la audiere, invocând cu bună ştiinţă jurisdicţia instituţiilor Convenţiei pentru a obţine o soluţie împotriva autorităţilor în ceea ce priveşte dispariţia fiului său;

b) Curtea a respins şi excepţia de neepuizare de către reclamantă a căilor de recurs interne, întrucât Guvernul turc nu a ridicat-o decât la audiere, adică dincolo de termenul fixat prin art. 48 paragraful 1 din Regulamentul A al Curţii, subliniindu-se că

independent de această prescriere procedurală, Curtea tot ar fi respins respectiva excepţie de fond, deoarece petiţionara a făcut tot ceea ce i-a stat în putinţă, în împrejurările date, pentru a epuiza căile de recurs interne;

c) după examinarea atentă a probelor, Curtea a ajuns la concluzia că nu există circumstanţe excepţionale care să permită a se ajunge la o altă constatare decât aceea că petiţionara şi-a văzut pentru ultima oară fiul înconjurat de membrii ai forţelor de ordine şi de paznici săteşti, în dimineaţa zilei de 23 noiembrie 1993.

Pentru a ajunge la această concluzie, Curtea a ţinut cont în mod special de mărturia petiţionarei în cursul unei audieri care a avut loc la Ankara în zilele de 8 şi 9 februarie 1996, mărturie considerată credibilă şi coerentă, valoarea probantă a acesteia cântărind mai greu decât explicaţiile furnizate de guvern în legătură cu dispariţia fiului petiţionarei, aceste explicaţii nesprijinindu-se pe o fundamentare solidă;

d) potrivit Curţii, detenţia nerecunoscută a unui individ constituie o totală negare a garanţiilor prevăzute de art. 5 din Convenţie şi o încălcare extrem de gravă a acestor dispoziţii. Aceasta, întrucât autorităţile care au reţinut un individ au îndatorirea să dezvăluie locul în care acesta se găseşte, trebuind să se considere că art. 5 creează autorităţilor obligaţia de a lua măsuri efective de înlăturare a riscului unei dispariţii, precum şi obligaţia de a iniţia o anchetă rapidă şi eficace în ipoteza unei plângeri plauzibile potrivit căreia o persoană a fost reţinută şi nu a mai fost văzută din acel moment.

În această privinţă, Curtea a reţinut că detenţia fiului petiţionarei nu a fost niciodată consemnată, însuşi acest fapt trebuind a fi considerat ca o deficienţă dintre cele mai grave, deoarece le permite autorilor actului privării de libertate să-şi

ascundă participarea la o crimă, să-şi şteargă urmele şi să scape de responsabilitatea ce le revine pentru soarta deţinutului. Faptul de a nu consemna nişte informaţii privind data şi ora arestării, locul de detenţie, numele deţinutului, precum şi motivele detenţiei şi identitatea persoanei care a procedat la reţinere reprezintă, în concepţia Curţii, o acţiune incompatibilă cu însăşi obiectul art. 5 din Convenţia europeană.

În afară de aceasta, procurorul sesizat cu plângerea petiţionarei nu a examinat cu adevărat motivaţia acestei plângeri, prin care se afirma că fiul său fusese reţinut în sat, nu a invitat-o pe numita K.K. (petiţionara) să dea o declaraţie scrisă, nici nu a procedat la un interogatoriu oral. El a admis fără rezerve explicaţia furnizată de jandarmerie, în sensul că fiul petiţionarei nu putea să fi fost reţinut, din moment ce numele său nu figura în registrele de arest preventiv. De asemenea, procurorul a respins teza petiţionarei care a afirmat în mod invariabil că fiul său era deţinut, în felul acesta fiind favorizată o pistă de anchetă care nu era nici susţinută, nici plauzibilă, făcându-se legătura între dispariţia fiului şi activităţile organizaţiei PKK.

Având în vedere cele expuse mai sus, Curtea a tras concluzia că autorităţile nu au furnizat o explicaţie plauzibilă şi fundamentată cu privire la locul în care se găseşte fiul petiţionarei şi în legătură cu tot ceea ce s-a întâmplat cu acesta după ce a fost reţinut în sat. Deci, ele nu s-au achitat de obligaţia lor de a da seamă de dispariţia sau moartea acestuia. Or, în aceste condiţii, există motive pentru a se admite că fiul petiţionarei se află încă într-o detenţie necunoscută, existând o absenţă totală a garanţiilor prevăzute la art. 5 din Convenţie. Este vorba, în speţă, de o încălcare deosebit de gravă a dreptului la libertate şi la

siguranţă a persoanei fiului petiţionarei garantat prin acest text;

e) petiţionara a mai pretins că a fost ea însăşi victimă a unui tratament inuman şi degradant, datorită dispariţiei fiului său pe când acesta se află în mâinile autorităţilor. În această privinţă, Curtea reaminteşte că, într-adevăr, autorităţile nu au examinat niciodată cu seriozitate plângerea sa, ea aflându-se de multă vreme într-o stare de panică, ştiind că fiul ei era deţinut şi că nici o informaţie oficială nu a fost dată în legătură cu soarta lui. Deci, statul turc a încălcat prevederile art. 3 din Convenţia europeană (interzicerea torturii şi a tratamentelor inumane ori degradante);

f) referitor la accesul petiţionarei la un recurs efectiv, Curtea a reţinut că această obligaţie implică, în concepţia sa, în afară de plata unor despăgubiri, dacă este cazul, şi efectuarea unor investigaţii aprofundate şi efective care să conducă la identificarea şi pedepsirea celor vinovaţi şi aceasta în condiţiile unui acces efectiv al părţilor la procedura de anchetă. Or, în speţă, aceste condiţii nu au fost respectate, deşi petiţionara a susţinut în mod continuu că fiul său a dispărut în timp ce se afla în mâinile autorităţilor. Deci, petiţionara a fost privată de un recurs efectiv, fiind astfel încălcate prevederile art. 13 din Convenţie (dreptul la un recurs efectiv);

g) Curtea estimează, însă, că argumentele petiţionarei nu sunt suficiente, în absenţa unor probe concrete, pentru a se putea trage concluzia că fiul său şi-a găsit moartea pe când se afla în mâinile autorităţilor, aşa încât nu sunt întrunite condiţiile pentru a se reţine învinuirea de încălcare a prevederilor art. 2 din Convenţie (dreptul la viaţă);

h) nu a fost reţinută nici învinuirea de încălcare a prevederilor art. 18 din Convenţie (limitarea folosirii restrângerilor drepturilor), nefiind

demonstrat faptul că statul turc a stabilit cu bună ştiinţă o practică a dispariţiilor, neluând nici o măsură pentru a-i pune capăt.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 25 mai 1998, în cauza Kurt contra Turciei*).

j. *Dreptul la libertate şi securitate. Dreptul de a fi deferit imediat unui judecător sau magistrat. Noţiunea de magistrat*.

În fapt, numitul F.S., cetăţean elveţian, s-a constituit prizonier, după ce un timp s-a sustras cercetărilor poliţiei, fiind imediat condus în faţa procurorului care în aceeaşi zi a dispus plasarea sa în detenţie provizorie, considerând că sus-numitul este puternic suspectat că a săvârşit sau că a încercat să săvârşească mai multe furturi calificate, existând, aşadar, temerea ca învinuitul să nu facă să dispară probele.

Împotriva ordonanţei procurorului, numitul F.S. a declarat apel, care este respins de procurorul general al cantonului Zürich.

Petiţionarul s-a adresat Tribunalului federal, susţinând că s-au încălcat prevederile art. 4 din Constituţia federală elveţiană, precum şi prevederile art. 5 paragraful 1, lit. c şi paragraful 3 din Convenţia europeană, acesta însă confirmând respingerea acţiunii.

Între timp, Camera de acuzare a Curţii de apel cantonale a dispus menţinerea petiţionarului în detenţie preventivă. Iar, Curtea de Apel îl condamnă pe acesta la o pedeapsă de 17 luni de închisoare şi o pedeapsă de 4 ani, cu suspendarea

executării, pentru comiterea de furturi în grup, ca ocupaţie.

Numitul F.S. s-a adresat şi Curţii Europene a Drepturilor Omului, susţinând că au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană, prin aceea că procurorul de district nu poate fi considerat ca fiind „un magistrat abilitat de lege să exercite funcţii judiciare” (aşa cum prevede art. 5 paragraful 3 din Convenţie). De asemenea, petiţionarul a invocat şi prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţie (dreptul de a introduce recurs în faţa unui tribunal), susţinând că nu a avut dreptul de a introduce recurs în faţa unui tribunal pentru ca acesta din urmă să statueze într-un termen scurt asupra legalităţii detenţiei sale.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului examinând cauza cu care a fost investită, a hotărât că mai întâi trebuie stabilit dacă, în speţă, au fost sau nu întrunite cerinţele care decurg din expresia „magistrat abilitat de către lege să exercite funcţii judiciare”. În această privinţă, Curtea a apreciat că termenul de „magistrat” nu se confundă cu cel de „judecător”, deşi magistratul trebuie să posede anumite calităţi, adică să îndeplinească condiţiile care constituie tot atâtea garanţii pentru persoana arestată şi anume: *garanţii de independenţă faţă de executiv şi de părţi* (ceea ce nu exclude orice subordonare faţă de alţi judecători sau magistraţi, cu condiţia ca aceştia să se bucure de o independenţă analogă); *garanţii de procedură*, ceea ce implică obligaţia de a audia personal individul ce-i este deferit; *garanţii de fond*, ceea ce comportă obligaţia de a examina circumstanţele care constituie argumente pentru sau contra detenţiei, de a se pronunţa potrivit criteriilor juridice asupra existenţei raţiunilor care o justifică şi, în absenţa lor, de a dispune punerea în libertate.

Cercetând dacă procurorul districtului a prezentat sau nu aceste garanţii, Curtea a stabilit următoarele:

- *referitor la garanţiile de independenţă*, se subliniază că, în speţă, procurorul de district a acţionat exclusiv ca organ de instrucţie examinând dacă trebuie să-l inculpe pe cel interesat şi să-l plaseze în detenţie provizorie şi apoi efectuând instrucţia dosarului cu obligaţia de a cerceta, cu aceeaşi grijă, atât faptele în favoarea acuzării, cât şi cele împotriva acestuia. În afară de acestea, Curtea a constatat că procurorul de district nu a suportat nici o ingerinţă exterioară, nici nu a trebuit să consulte o altă autoritate, exercitându-şi astfel propria-i putere de decizie pe care i-a atribuit-o legea;

- *în ceea ce priveşte garanţiile de procedură*, Curtea a reţinut că atunci când petiţionarul s-a constituit prizonier, procurorul de district l-a interogat în termen de 24 de ore, i-a pus în vedere pentru ce este învinuit şi i-a adus la cunoştinţă dreptul său de recurs împotriva mandatului de arestare emis împotriva lui;

- *cât priveşte garanţiile de fond*, Curtea a reţinut că ordonanţa de detenţie s-a întemeiat pe două motive, enumerate de Codul de procedură penală al cantonului Zürich, printre care şi existenţa raţiunilor de a bănui pe cel interesat de săvârşirea unui delict, acest motiv figurând şi printre acelea care - potrivit art. 5 paragraful 1, lit. c din Convenţia europeană - justifică o punere în detenţie provizorie.

Având în vedere cele sus-menţionate, Curtea a ajuns la concluzia că nu au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană.

În ceea ce priveşte art. 5 paragraful 4 din Convenţie, Curtea apreciază că raportul preliminar al Comisiei echivalează, în speţă, cu o decizie implicită de inadmisibilitate.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 4 decembrie 1979, în cauza Scheisser contra Elveţiei*).

k. *Dreptul la libertate şi securitate. Dreptul de a fi deferit imediat unui judecător sau magistrat. Noţiunea de „imediat”*.

În fapt, numiţii T.B., D.C., W.M. şi M.T., cetăţeni britanici care locuiesc în Irlanda de Nord, sunt arestaţi, în toamna anului 1984, în baza unei legi asupra prevenirii terorismului, întrucât existau motive plauzibile de a fi bănuiţi că au săvârşit, pregătit sau incitat la pregătirea unor acte de terorism legate de situaţia din Irlanda de Nord. Sus - numiţii au fost reţinuţi diferite termene, toţi fiind interogaţi asupra unor incidente teroriste precise, fără ca nici unul din ei să fie inculpat sau deferit unei autorităţi judiciare înainte de punerea lor în libertate.

Numitul T.B. a sesizat Curtea Europeană a Drepturilor Omului la 11 octombrie 1984, numitul D.C. la 22 octombrie, numitul W.M. la 22 noiembrie, iar M.T. la 8 februarie 1985, toţi susţinând că, în cazul lor, au fost încălcate printre altele, şi prevederile art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană (orice persoană arestată trebuie adusă „de îndată” înaintea unui judecător sau a altui magistrat împuternicit prin lege cu exercitarea atribuţiilor judiciare).

Curtea a reţinut, în speţă, că în conformitate cu art. 5 paragraful 3 din Convenţie, dacă punerea în libertate nu are loc imediat, persoana arestată are dreptul de a fi prezentată „rapid" unei autorităţi judiciare. Termenul englez de „promptly" trebuie înţeles ca neautorizând decât un grad limitat de supleţe, ceea ce confirmă şi termenul francez „aussitôt" care literalmente înseamnă „imediat".

Curtea mai subliniază că dacă celeritatea se apreciază după particularităţile fiecărei cauze, greutatea acordată acestor particularităţi nu poate niciodată să meargă până la a se aduce atingere chiar substanţei dreptului protejat de art. 5 paragraful 3 din Convenţie, adică până la a dispensa, în practică, un stat de a asigura punerea rapidă în libertate a persoanei în cauză sau prezentarea promptă a acesteia în faţa unei autorităţi judiciare.

În speţă, Curtea recunoaşte că cercetarea infracţiunilor referitoare la acte teroriste plasează, fără îndoială, autorităţile din Irlanda de Nord în faţa unor probleme deosebite. Dar, trebuie luate, de asemenea, în considerare şi garanţiile controlului judiciar şi supravegherea constantă de către Parlament a necesităţii unei asemenea legislaţii speciale privitoare la terorism şi examinarea periodică a efectului acesteia de către personalităţi independente. Contextul terorismului în Irlanda de Nord a avut ca efect şi creşterea ratei posibile a reţinerii poliţieneşti înainte de deferirea celor în cauză unui judecător sau „altui magistrat". În plus, dificultatea de a supune decizia de arestare şi reţinere a unui presupus terorist la un control judiciar poate implica unele precauţii procedurale corespunzătoare. Totuşi, în concepţia Curţii, în speţă, chiar şi cea mai scurtă perioadă pe care petiţionarii au fost reţinuţi (4 zile şi câteva ore) depăşeşte limitele de timp permise în sensul noţiunii de „promptitudine". Or, dacă s-ar da

caracteristicilor cauzei o greutate destul de mare pentru a justifica o reţinere atât de lungă, fără prezentarea în faţa unui judecător sau alt magistrat, s-ar ajunge la consecinţe contrare însăşi substanţei dreptului la un recurs judiciar prompt, garantat de art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană. Faptul necontestat că privările de libertate incriminate îşi aveau originea într-un scop legitim, cel de a proteja colectivitatea împotriva terorismului, nu este suficient pentru a asigura respectarea exigenţelor specifice ale art. 5 paragraful 3. Deci, în cauză a existat o încălcare a acestui text din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 29 noiembrie 1988, în cauza Broyan şi alţii contra Regatului Unit*).

l. *Dreptul la libertate şi securitate. Garanţiile acordate persoanelor private de libertate. Dreptul de a fi judecat într-un termen rezonabil sau pus în libertate în cursul procedurii*.

În fapt, numita M.L. este arestată la 8 iulie 1985 pentru complicitate la asasinarea soţului său. La 24 decembrie 1985, judecătorul de instrucţie ordonă punerea sa în libertate provizorie sub control judiciar. Camera de acuzare a Curţii de Apel din Paris, amână, la 22 ianuarie 1986, această măsură, iar în februarie respinge o cerere de punere în libertate, introdusă de petiţionară la 24 ianuarie 1986. În luna mai, Curtea de Casaţie a casat hotărârea Curţii de Apel,

retrimiţându-i dosarul, aceasta din urmă respingând din nou, în luna septembrie, cererea de punere în libertate. Curtea de Casaţie a casat din

nou hotărârea, în luna decembrie, retrimiţând cauza la Camera de acuzare a Curţii de Apel din Amiens care, la rândul său, a dat o hotărâre de respingere, de data aceasta confirmată de Curtea de Casaţie, la 15 iunie 1987. Au urmat alte şase noi cereri de punere în libertate care, de asemenea, au fost respinse de Camera de acuzare a Curţii de Apel din Paris, numita M.L. rămânând în detenţie provizorie până la 10 mai 1988, dată la care Curtea de juraţi din Val-de-Marne o condamnă la trei ani de închisoare pentru complicitate de asasinat.

Numita M.L. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, pretinzând că detenţia sa provizorie a durat peste „termenul rezonabil" (prevăzut de art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană) şi că jurisdicţiile sesizate succesiv cu cererile sale de punere în libertate nu au statuat „în termen scurt" asupra lor.

Examinând cauza cu care a fost investită, Curtea a reţinut că perioada care trebuie luată în considerare, în speţă, se întinde pe 2 ani şi 9 luni, începând de la 8 iulie 1985, data plasării petiţionarei sub mandat de depunere, şi se termină la 10 mai 1988, când Curtea cu juraţi a pronunţat hotărârea de condamnare definitivă a numitei M.L., exceptându-se intervalul de timp cât s-a aflat sub control judiciar.

Pentru refuzarea cererilor de liberare formulate de petiţionară, jurisdicţiile naţionale au avansat patru motive: riscul presiunii asupra martorilor; riscul sustragerii de la judecată; insuficienţa unui control judiciar; prezervarea ordinii publice.

Analizând aceste motive invocate de jurisdicţiile naţionale, Curtea a reţinut următoarele:

- riscul presiunii asupra martorilor, existent la început, s-a atenuat şi a dispărut în timp, în orice caz după 23 decembrie 1986, dată la care aceste jurisdicţii nu au mai invocat acest risc, deci

menţinerea în detenţie cu acest titlu nu se mai justifica;

- riscul sustragerii de la judecată se poate aprecia nu numai pe baza gravităţii pedepsei la care se expune cel interesat; el trebuie să fie analizat şi în funcţie de ansamblul de elemente suplimentare pertinente proprii să-i confirme existenţa, fie să-l facă să apară atât de redus încât să nu mai poată justifica o detenţie provizorie. În speţă, jurisdicţiile nu explică de ce au judecat ca fiind preponderent riscul de fugă, în pofida argumentelor avansate de numita M.L. în sprijinul cererilor sale de punere în libertate;

- în ceea ce priveşte insuficienţa unui control judiciar, când o detenţie nu se prelungeşte decât ca urmare a temerii de a vedea că acuzatul se va sustrage prin fugă de la prezentarea sa ulterioară în faţa judecătorilor, se încearcă liberarea celui interesat dacă el poate furniza garanţii adecvate de prezentare. Or, potrivit Curţii, jurisdicţiile nu au constatat că lucrurile nu s-au desfăşurat astfel în speţă;

- referitor la prezervarea ordinii publice, Curtea admite că prin gravitatea lor deosebită şi prin reacţia publicului la săvârşirea lor, anumite infracţiuni pot să suscite o tulburare socială de natură să justifice o detenţie provizorie, cel puţin o perioadă de timp. În circumstanţe excepţionale, acest element poate deci fi avut în vedere în lumina Convenţiei europene, în tot cazul, în măsura în care dreptul intern recunoaşte noţiunea de tulburare a ordinii publice, provocată de o infracţiune, aşa cum este aceasta înscrisă în art. 144 din Codul de procedură penală francez. Totuşi, un asemenea element nu ar putea fi apreciat ca pertinent şi suficient, decât dacă se bazează pe fapte de natură să arate că liberarea deţinutului ar tulbura, în mod real, ordinea publică. În afară de aceasta, detenţia nu rămâne legitimă decât dacă

ordinea publică este efectiv ameninţată; continuarea detenţiei nu ar putea să servească pentru a anticipa o pedeapsă privativă de libertate.

Curtea constată că, în speţă, aceste condiţii nu se aflau îndeplinite. Jurisdicţiile naţionale au examinat de o manieră pur abstractă necesitatea de a prelungi privarea de libertate, limitându-se să ia în considerare gravitatea infracţiunii. În consecinţă, au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 3 din Convenţia europeană. Dar, Curtea a respins cererea de indemnizare formulată de petiţionară, pentru prejudiciul material suferit, întrucât detenţia provizorie a fost dedusă integral din durata pedepsei, iar în ceea ce priveşte prejudiciul moral, se consideră că acesta a fost suficient acoperit prin pronunţarea deciziei Curţii prin care se recunoaşte că au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 3 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 26 iunie 1991, în cauza Letellier contra Franţei*).

m. *Dreptul la libertate şi securitate. Garanţiile acordate persoanelor private de libertate. Dreptul de a introduce un recurs. Vagabonzii şi cerşetorii*.

În Belgia, a fost adoptată, la 27 noiembrie 1891, o lege pentru reprimarea vagabondajului şi a cerşetoriei, lege care, la art. 13 şi 16, prevede regimul juridic aplicabil acestor două categorii de persoane.

Articolul 13 priveşte cerşetorii de profesie şi indivizii care trăiesc în stare de vagabondaj din trândăvie, beţie sau din cauza dereglării moravurilor.

În cazul acestora, judecătorul îi pune pe vagabonzi la dispoziţia guvernului pentru a fi închişi într-o închisoare de cerşetori, timp de cel puţin doi ani şi cel mult şapte ani, internarea figurând în cazierul judiciar şi antrenând anumite incapacităţi electorale.

Articolul 16 vizează indivizii găsiţi în stare de vagabondaj sau cerşind fără nici una din circumstanţele menţionate la art. 13. Internarea, în aceste cazuri, are loc într-o casă de refugiu pe o durată nedeterminată, dar care, în nici un caz nu trebuie să depăşească un an.

Deciziile sunt adoptate de un judecător de pace pe baza celor două articole, fiind considerate acte administrative, nu hotărâri judecătoreşti. Ele nu sunt susceptibile nici de contestaţie, nici de apel, nici de recurs în casare (exceptându-se excesul de putere).

Cei internaţi sunt constrânşi să muncească, au dreptul la un salariu zilnic din care sunt operate reţineri cu titlu de „cheltuieli de gestiune”.

În cele ce urmează vom prezenta trei astfel de cauze care au fost deduse şi în faţa Curţii Europene a Drepturilor Omului.

a) Numitul J. De Wilde, născut în Belgia, şi-a petrecut o parte din copilărie în orfelinate. La vârsta majoratului s-a angajat în Franţa în Legiunea străină unde a servit timp de 7 ani şi jumătate. Titular al unui livret de pensie de invaliditate de război de 50% şi a unui livret de pensie militară de retragere, el primeşte de la autorităţile franceze o sumă de 3000 F.B. pe trimestru. Ocazional exercită şi meseria de muncitor agricol. La 11 aprilie 1966 se prezintă la Comisariatul de poliţie din Charleroi unde declară că a căutat în zadar de muncă, nu are nici casă, nici bani, consulul Franţei nefiind de acord să-i remită un avans din viitoarea tranşe a pensiei sale. Poliţia

l-a deferit ofiţerului ministrului public, cerând şi un buletin de informaţii despre persoana acestuia, din care a rezultat că în perioada aprilie 1951 - noiembrie 1965, numitul J.D.W. a suferit treisprezece condamnări corecţionale sau de competenţa poliţiei, fiind pus la dispoziţia guvernului pentru vagabondaj. A doua zi, Tribunalul de poliţie din Charleroi îl pune la dispoziţia guvernului pentru a fi închis într-o închisoare de cerşetori timp de doi ani. El este pus în libertate la 16 noiembrie 1966, în baza deciziei ministrului justiţiei. Deci, detenţia sa a durat aproape şapte luni, din care trei luni au reprezentat închisoare corecţională pentru furt simplu.

b) Numitul F.O. se duce, la 21 decembrie 1965 la Comisariatul de poliţie din Namur pentru a fi plasat ca vagabond, dacă serviciul social nu-i găseşte o ocupaţie, pentru ca astfel să poată fi hrănit şi găzduit în aşteptarea unui serviciu permanent; el precizează că şi-a pierdut serviciul de montor de şarpante, iar mama sa nu-l mai poate întreţine. În aceeaşi zi, Tribunalul de poliţie din Namur îl pune la dispoziţia guvernului pentru a fi internat într-o casă de refugiu. El a fost pus în libertate din oficiu la un an după decizia de internare.

c) Numitul E.V. exercită, din când în când, meseria de desenator. La 3 noiembrie 1965 s-a prezentat la Poliţia din Bruxelles, declarându-se fără domiciliu, serviciu şi venituri, cerând cu insistenţă trimiterea sa într-o casă de refugiu. A doua zi, oficiul de readaptare socială îl preia în sarcină şi atestă că nimic nu se opune ca numitul E.V. să fie deferit parchetului, fiind bine cunoscut prin apatia, trândăvia şi înclinaţia sa pentru băutură, eforturile depuse pentru reclasarea sa soldându-se cu tot atâtea eşecuri. Câteva ore mai târziu, Tribunalul de poliţie din Bruxelles îl pune la dispoziţia guvernului pentru a fi închis într-o

închisoare de cerşetori timp de 2 ani. El este pus în libertate în virtutea unei decizii ministeriale, directorul instituţiei exprimând o opinie favorabilă în legătură cu cererea de liberare a celui în cauză.

Cei trei vagabonzi s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, invocând încălcarea art.4, 5 paragrafele 1 şi 3, 6 paragrafele 1 şi 3b şi c, 7, 8, şi 13 din Convenţia europeană.

În cauză au fost pronunţate, de plenul curţii, trei hotărâri, după cum urmează:

a) Hotărârea din 18 noiembrie 1970 - chestiune de procedură;

b) Hotărârea din 18 iunie 1971 - prin care Curtea a decis asupra fondului şi a mai multor chestiuni de competenţă şi admisibilitate;

c) Hotărârea din 10 martie 1972 - în legătură cu aplicarea art. 50 din Convenţia europeană (cheltuieli de funcţionare a Curţii).

Ne vom referi doar la hotărârea prin care a fost soluţionat fondul cauzei, fiind cea care interesează în cea mai mare măsură.

În preambulul hotărârii din 18 iunie 1971, plenul Curţii a făcut precizarea, în loc de preambul, că se înlătură argumentaţia guvernului belgian potrivit căreia petiţionarii s-au prezentat de bună voie la poliţie, deci nu ar fi vorba de o privare de libertate. Faptul de a se prezenta la poliţie în vederea unei internări poate fi inspirat de disperare sau de o sărăcie trecătoare şi nu implică în mod necesar că solicitantul se găseşte în stare de vagabondaj. Apoi, îndeosebi, dreptul la libertate îmbracă o prea mare importanţă într-o „societate democratică” pentru ca o persoană să piardă beneficiul acesteia prin simplul fapt că se constituie prizonieră, întrucât o detenţie ar putea încălca prevederile art. 5 din Convenţie, chiar când individul însuşi ar fi acceptat-o.

Aşadar, studiind cauza în lumina prevederilor art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană, Curtea a constatat că J.D.W, F.D. şi E.V. aveau calitatea de vagabonzi şi puteau face obiectul unei detenţii, cu condiţia ca aceasta să fi fost ordonată de către autorităţile competente şi conform procedurii legale. Ea nu dovedeşte nici ilegalitate, nici arbitrar în cazul celor trei petiţionari puşi la dispoziţia guvernului şi nu există nici o raţiune de a se considera că detenţia rezultată ar fi incompatibilă cu prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

Curtea, însă, a cercetat şi dacă lucrurile stau la fel în privinţa prevederilor art. 5 paragraful 4 (dreptul la recurs), deoarece respectarea acestuia din urmă nu decurge automat din respectarea art. 5 paragraful 1. Or, în această privinţă petiţionarii s-au plâns că nu au dispus de nici un recurs atât împotriva deciziilor care prescriau detenţia, cât şi contra respingerii cererilor de punere în libertate.

În privinţa deciziilor de internare, Curtea a început prin a examina condiţiile în care au compărut petiţionarii în faţa judecătorului de pace. În concepţia sa, art. 5 paragraful 4 se mulţumeşte cu intervenţia unui organ unic, dar cu condiţia ca procedura urmată să aibă un caracter judiciar şi să dea celui interesat garanţii adaptate la natura privării de libertate respective. Or, privarea de libertate de care s-au plâns petiţionarii seamănă cu cea aplicată de jurisdicţia penală. Astfel, procedura aplicabilă nu trebuia să le furnizeze garanţii sensibil inferioare celor existente în materie penală în statele membre ale Consiliului Europei. Procedura prevăzută de legislaţia belgiană - aşa cum constată Curtea - poartă amprenta caracterului administrativ al deciziei de adoptat şi nu asigură garanţii comparabile celor valabile pentru detenţiile din materie penală. Nu se înţelege decât

cu greu de ce persoanele arestate pentru vagabondaj ar trebui să se mulţumească cu o procedură atât de sumară, în timp ce indivizii pasibili de pedepse mai scurte decât de măsurile prevăzute de legea din 1891 beneficiază de garanţiile largi ale Codului de procedură penală. Desigur, procedura belgiană prezintă anumite aspecte judiciare, ca publicitatea interogatoriului celui interesat, ca şi a pronunţării deciziei, însă acestea nu sunt suficiente pentru a da judecătorului de pace caracterul unui „tribunal" dacă se ţine seama, cum se cuvine, de gravitatea mizei: o lungă privare de libertate însoţită de diverse consecinţe dezonorante. În concluzie, ar fi trebuit să se fi deschis o cale de recurs pentru petiţionari, deci în cauză au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţie.

În ceea ce priveşte problema respingerii cererilor de punere în libertate adresate de petiţionari autorităţilor administrative, Curtea a decis că art. 5 paragraful 4 din Convenţie nu a fost încălcat. Dacă ministrul de justiţie n-ar fi respectat legea din 1891, respingând cererile de punere în libertate formulate de petiţionari, aceştia din urmă ar fi putut sesiza Consiliul de Stat însă nici unul dintre ei nu pretinde să se fi aflat în unul din cazurile în care legea reclamă ca internarea să ia sfârşit. De asemenea, ei ar fi putut să susţină în faţa Consiliului de Stat că detenţia lor ar fi încălcat prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie care este direct aplicabil în dreptul belgian, îndeosebi pentru că ei pierduseră calitatea de vagabonzi ca urmare a unor circumstanţe noi.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 18 iunie 1971, în cauza De Wide, Oams şi Versys contra Belgiei*)

n. *Dreptul la libertate şi siguranţă. Garanţiile acordate persoanelor private de libertate. Dreptul de a introduce un recurs. Recidiviştii*.

În fapt, numitul Valery Van Droogenbroeck, de naţionalitate belgiană, individ care nu exercită nici o profesie permanentă, este condamnat de Tribunalul corecţional din Bruges la 2 ani închisoare pentru furt şi tentativă de furt prin efracţie. Constatându-se că este recidivist care manifestă o tendinţă persistentă către delicvenţă, este condamnat, între altele, şi la 10 ani de „punere la dispoziţia guvernului", în aplicarea unei legi de apărare socială din 1964. Potrivit acestei legi şi a jurisprudenţei belgiene, punerea la dispoziţia guvernului a recidiviştilor şi delincvenţilor din obicei, se analizează ca o pedeapsă, nu ca o măsură de siguranţă, ea adăugându-se la o pedeapsă principală privativă de libertate, aplicată în acelaşi timp cu aceasta. Durata acestei pedepse complementare este de: 20 ani, 10 ani sau 5 ani la 1 an, după caz. Legea lasă guvernului, respectiv ministrului justiţiei, o largă putere de apreciere în ceea ce priveşte modalităţile de executare: internare, semilibertate, libertate sub tutelă sau probaţiune.

Numitul V. Van D. a făcut apel împotriva condamnării sale de prima instanţă, respins de Curtea de Apel din Gand, respingere confirmată de Curtea de Casaţie belgiană.

La expirarea pedepsei principale numitul V. Van D., care a beneficiat, mai întâi, de un regim de semilibertate destinat să-i asigure reintegrarea în societate, este supus unor noi amenzi penale care au antrenat încarcerarea sa în mai multe rânduri,

apoi, de 4 ori internarea, rămânând internat în perioada 21 decembrie 1977- 18 martie 1980, dată la care Curtea de Apel din Gand a ridicat efectele deciziei de internare.

Numitul V. Van D. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, pretinzând că se află în stare de sclavie, fiind constrâns la muncă, ceea ce ar constitui încălcarea prevederilor art. 4 paragrafele 1 şi 2 din Convenţia europeană a drepturilor omului. În afară de aceasta, el mai susţine că privarea sa de libertate prin decizia ministrului justiţiei, nu şi de către un tribunal, reprezintă o încălcare a art. 5 paragraful 1 din Convenţia europeană (dreptul la libertate şi securitate), nebeneficiind de un control judiciar al legalităţii internărilor sale, aşa cum se prevede expres la acelaşi art. 5 alin. 4 din Convenţia drepturilor omului.

Examinând cauza cu care a fost investită, Curtea a examinat, mai întâi, dacă Belgia a încălcat sau nu prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

În această privinţă, Curtea consideră că, în speţă, nu pot fi avute în vedere decât prevederile art. 5 paragraful 1, lit. a din Convenţie (excepţia cazului detenţiei legale pe baza unei condamnări pronunţate de un tribunal competent, când, deci, nu se consideră că a avut loc o încălcare a dreptului la libertate şi securitate).

Cu alte cuvinte, Curtea a avut de cercetat dacă internarea suferită de petiţionar care a avut loc după condamnarea sa la o pedeapsă privativă de libertate (în sens cazual şi cronologic), constatându-se că între condamnarea la o pedeapsă privativă de libertate şi măsura internării decisă de ministrul justiţiei există o legătură suficientă, deoarece puterea de apreciere a ministrului justiţiei s-a exercitat în cadrul trasat prin lege, existând o condamnare la o pedeapsă privativă de libertate.

Ministrul justiţiei nu se bucură de o libertate absolută în alegerea formei pe care o va îmbrăca executarea măsurii de „punere la dispoziţia guvernului”, ci trebuie să evalueze gradul de periculozitate al persoanei în cauză, precum şi perspectivele acesteia de a fi reintegrată în societate pe termen scurt sau mediu. Iar, cu ajutorul serviciilor sale, ministrul justiţiei poate urmări îndeaproape şi la intervale regulate evoluţia celui în cauză, însă, în timp, legătura dintre deciziile sale de menţinere a privării de libertate sau de reinternare şi decizia iniţială slăbeşte puţin câte puţin, odată cu trecerea timpului şi chiar riscă să se rupă la un moment dat, în măsura în care aceste decizii ajung să se fondeze pe motive străine obiectivelor legiuitorului şi judecătorului (protejarea societăţii şi sancţionarea recidivistului) sau să se bazeze pe o apreciere neraţională (prin raportare la aceste obiective).

În concepţia Curţii, în speţă nu s-a produs o asemenea ruptură, iar internarea petiţionarului nu s-a transformat într-o privare de libertate arbitrară: autorităţile belgiene au dat dovadă de răbdare şi încredere faţă de petiţionar, respectând exigenţele Convenţiei europene (care nu duc la constrângerea statelor contractante să încredinţeze judecătorilor un control general al aplicării pedepselor). Aşadar, în speţă, nu au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 1 din Convenţie.

În ceea ce priveşte susţinerea de către petiţionar că ar fi fost încălcate şi prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană, prin aceea că nu ar fi beneficiat de un control judiciar al legalităţii internărilor sale, guvernul belgian a susţinut două teze: a) că procedurile desfăşurate în faţa Tribunalului corecţional din Burges şi apoi la Curtea de Apel din Gand şi Curtea de Casaţie ar încorpora controlul judiciar cerut de art. 5 paragraful 4, acestea fiind suficiente atingerii

scopului urmărit de acest text; b) că au existat mai multe căi de recurs conform prevederilor aceluiaşi text (art. 5 paragraful 4).

În ceea ce priveşte prima teză, Curtea a reţinut că decizia judiciară iniţială (condamnarea la o pedeapsă privativă de libertate) deschide un credit ministrului justiţiei pentru luarea unei măsuri de privare de libertate pe o durată de timp variabilă, potrivit nevoilor tratamentului şi imperativelor apărării sociale. Această libertate de a alege măsura potrivită lăsată ministrului justiţiei face ca în timpul aplicării măsurii, acesta să se întrebe asupra necesităţii de a lipsi de libertate sau de a continua să-l lipsească de libertate pe cel în cauză sau asupra absenţei sau dispariţiei unei asemenea necesităţi. Tendinţa persistentă la delincvenţă, despre care vorbeşte legea belgiană din 1964, este o noţiune contingentă prin esenţa acesteia, care conduce la urmărirea condamnatului în evoluţia personalităţii şi comportamentului său, în scopul adaptării statutului său la schimbarea împrejurărilor. Logica acestui sistem belgian pare să reclame, într-adevăr, un control judiciar ulterior al justificării măsurii privării de libertate. În afară de aceasta, legalitatea unei detenţii se apreciază nu numai prin prisma dreptului intern, ci şi prin prisma Convenţiei europene care interzice arbitrariul. Internarea unui recidivist sau delincvent din obişnuinţă nu s-ar mai potrivi cu prevederile Convenţiei dacă aceasta ar înceta să se fondeze pe motive plauzibile şi conforme finalităţilor legii de apărare socială. De aceea, recidivistul trebuie să poată sesiza un tribunal competent pentru ca acesta să statueze asupra legalităţii privării sale de libertate atât în timpul detenţiei (după un anumit timp de la începerea acesteia, apoi la intervale rezonabile), ca şi în

momentul unei eventuale reinternări dacă cel în cauză se afla în libertate.

În privinţa celei de-a doua teze susţinută - în subsidiar - de guvernul belgian

se referă la faptul că ar exista mai multe căi de recurs la care putea recurge petiţionarul, conform prevederilor art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană.

În primul rând, susţine guvernul belgian, petiţionarul putea să provoace sau să angajeze urmăriri pentru sechestrare arbitrară. Curtea respinge această cale de acţionare care tinde la constatarea unei infracţiuni imputabile unui funcţionar, nepermiţând, pe de altă parte, unui tribunal - sesizat, eventual, să dispună el însuşi punerea în libertate a victimei, existând riscul de a rămâne inoperantă dacă deţinutul îşi caută apărarea în spatele ordinului autorităţii legitime.

În al doilea rând, petiţionarul ar fi putut să sesizeze Curtea de Apel din Gand cu orice litigiu născut între el şi ministerul public în ceea ce priveşte executarea hotărârii de condamnare la pedeapsa privativă de libertate. În această privinţă Curtea notează că jurisprudenţa nu a confirmat această cale de acţiune.

În al treilea rând, s-a mai susţinut că petiţionarul putea invita Curtea de Apel din Gand să indice efectele măsurii care îl afecta. Curtea subliniază că dacă o asemenea acţiune s-ar desfăşura în faţa unui tribunal, acţiune înconjurată de garanţiile unei proceduri judiciare, ea ar viza suprimarea integrală a măsurii „punerii la dispoziţia guvernului", chiar şi atunci când acesta s-ar afla în libertate. Controlul nu se limitează numai la internare şi priveşte mai puţin „legalitatea" acesteia din urmă, cât oportunitatea stingerii anticipate a pedepsei. Apoi, în afară de

aceasta, intervalele de 3 sau chiar 5 ani, care trebuie să despartă două sesizări ale autorităţii, se dovedesc prea mari pentru a fi în acord cu sintagma „termen scurt” la care se referă art. 5 paragraful 4.

În al patrulea rând, se pretinde că petiţionarul ar fi putut să se adreseze preşedintelui tribunalului de primă instanţă cu titlul de judecător de urgenţă (juge des référés, care, fără a fi sesizat în principal, are puterea de a ordona măsuri urgente). Curtea subliniază că acest magistrat constituie evident un tribunal care se pronunţă în termen scurt, atribuţiile sale fiind definite explicit de Codul judiciar belgian; judecătorul de urgenţă nu decide, însă, decât provizoriu, deşi decizia sa este imediat executorie. Curtea recunoaşte marele interes pe care îl prezintă deciziile luate de guvern în materie, dar se atrage atenţia că acestea sunt posterioare internării petiţionarului şi nu se sprijină pe legea protecţiei civile belgiene din 1964. Deci, recursul la judecătorul de urgenţă, nu răspunde, în speţă, exigenţelor art. 5 paragraful 4 din Convenţie. Apoi, decizia judecătorului de urgenţă nu are autoritate de lucru judecat şi nu prejudiciază cu nimic chestiunea principală.

În al cincilea rând, se mai susţine că petiţionarul ar fi putut să intenteze o acţiune sprijinindu-se direct pe prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţie. În această privinţă, Curtea, subliniind importanţa şi consecinţele incorporării Convenţiei europene în ordinea juridică internă a Belgiei, şi a aplicabilităţii sale directe, notează totuşi că jurisprudenţa belgiană pare schimbătoare în materie şi nu se ştie încă până unde va merge aceasta în afirmarea unei puteri judiciare de control, nefiind exclusă exercitarea combinată, paralelă sau succesivă a unui recurs la judecătorul de urgenţă şi a unei

acţiuni „în principal”, pe baza prevederilor art. 5 paragraful 4 din Convenţie, să poată conduce la un rezultat conform prescripţiilor acestui text. Cu toate acestea, un asemenea rezultat nefiind atins în speţă, Curtea trage concluzia că au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 24 iunie 1982, în cauza Van Droogenbroeck contra Belgiei*).

o. *Dreptul la libertate şi siguranţă. Garanţiile acordate persoanelor private de libertate. Dreptul de a introduce recurs. Alienaţi mintal*.

În fapt, numitul X, cetăţean britanic, suferă de boli mintale. Între 1965 şi 1966, el suportă un tratament psihiatric, diagnosticul stabilit fiind cel de psihoză paranoidă.

În 1968, Curtea cu juraţi din Scheffield îl declară vinovat de a fi provocat unui coleg răni caracterizate ca „leziuni corporale grave”. În virtutea unei legi din 1959 referitoare la sănătatea mintală, s-a dispus internarea sa în spitalul din B., instituţie specială de securitate pentru delincvenţii alienaţi.

În mai 1971, numitul X beneficiază de o liberare condiţionată şi revine să trăiască cu soţia sa. La 5 aprilie 1974, soţia lui X, fără să vrea l-a denunţat pe acesta în faţa agentului de probaţiune plângându-se de comportamentul acestuia şi manifestându-şi intenţia de a-l părăsi.

Agentul de probaţiune l-a alertat pe medicul curant de la spitalul B care, la rândul său, l-a sesizat pe ministrul de interne care a emis un

mandat de arestare, X fiind arestat în aceeaşi seară de către poliţie, fiind internat a doua zi în spital (potrivit legii din 1959 asupra sănătăţii mintale, ministrul de interne putând „în orice moment" să provoace reinternarea unui pacient pus în libertate condiţionat).

După readmiterea lui X la spitalul B, medicul curant responsabil a estimat că acesta ar trebui să rămână în spital pentru tratament.

X a cerut, fără succes, un mandat de „habeas corpus", la solicitările acestuia de a fi înştiinţat cu privire la raţiunile reinternării sale, ministrul de interne declarând, fără alte precizări, că potrivit agentului de probaţiune starea petiţionarului ar „inspira îngrijorare".

În februarie 1976, X a plecat din spital în concediu, beneficiind de o nouă liberare condiţionată în iulie 1976 şi moare în ianuarie 1979 la vârsta de 45 de ani.

Înainte însă de aceste evenimente, la 14 iulie 1974, numitul X s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, plângându-se de faptul că a trebuit să se întoarcă în spitalul din B după trei ani de viaţă normală, fără să fi compărut mai întâi în faţa unui organ stabilit de lege şi fără a-i fi atestată de către medic calitatea de alienat mintal. Petiţionarul a mai reproşat procedurii de „habeas corpus" (procedură care garantează libertatea individuală a celor acuzaţi de o infracţiune, instituită printr-o lege engleză din 1679) că nu a asigurat controlul integral al temeiniciei deciziei de reinternare şi că aceasta ar fi vizat doar compatibilitatea sa cu puterile largi atribuite ministrului de interne în baza legii din 1959. Petiţionarul a invocat încălcarea prevederilor art.5 paragrafele 1, 2 şi 4 din Convenţia europeană a drepturilor omului.

După decesul lui X, rudele acestuia au arătat că doresc continuarea procedurii în instanţă, Curtea decizând, date fiind această dorinţă şi chestiunile de interes general care se ridicau în speţă, să nu radieze cauza de pe rol.

Guvernul britanic a susţinut că numitul X a fost tot timpul deţinut în mod legal, după condamnarea sa de către un tribunal competent în sensul prevederilor art. 5 paragraful 1, lit. a din Convenţie.

Comisia (organ însărcinat cu cercetarea prealabilă a cauzei) a susţinut, dimpotrivă, că în cauza respectivă îşi au aplicare doar prevederile art. 5 paragraf 1, lit. e din Convenţie (detenţia unei persoane alienate mintal), fiind vorba despre un alienat internat în scopuri curative.

Curtea, examinând situaţia sub acest aspect, a apreciat că privarea de libertate a lui X cădea, cel puţin la origine, sub incidenţa fiecăreia dintre cele două alienate (art. 5 paragraful 1, lit. a - deţinere legală pe baza unei condamnări pronunţate de un tribunal competent, şi art. 5 paragraful 1, lit. e - deţinerea unei persoane alienate mintal). În ceea ce priveşte respectarea exigenţelor prevăzute la lit. a nu ridică nici o problemă, însă în ceea ce priveşte controlul respectării cerinţelor prevăzute la lit. e, în legătură cu reinternarea lui X, într-un spital şi detenţia sa provizorie până în 1976, această nouă situaţie juridică trebuie examinată cu atenţie. Referindu-se la o cauză precedentă similară, Curtea aminteşte că trebuie îndeplinite unele condiţii minimale pentru ca să existe o „detenţie legală a unui alienat”: aceasta să fie stabilită cu probe, adică existenţa unei tulburări mintale reale să fi fost demonstrată în faţa autorităţii competente, prin intermediul unei expertize medicale obiective; tulburarea respectivă trebuie să îmbrace un caracter şi să aibă o amploare care să legitimeze internarea; internarea nu poate să se

prelungească valabil fără ca o asemenea tulburare să persiste.

În ceea ce priveşte reacţia autorităţilor în aprilie 1974, aceasta trebuie situată în contextul trecutului lui X, marcat îndeosebi printr-un comportament impulsiv şi periculos în caz de tensiune puternică.

Curtea îşi exprimă acordul său în legătură cu observaţia, exprimată de unul dintre magistraţii din procedura de „habeus corpus", potrivit căreia unica modalitate de a lăsa un bolnav de felul lui X să-şi regăsească locul în societate constă adesea în a-l elibera condiţionat, sub o supraveghere foarte strânsă şi cu posibilitatea unei reacţii imediate la orice semn nou de pericol. În speţă, faptele furnizau raţiuni suficiente ministrului de interne de a crede că menţinerea în libertate a lui X ar constitui o ameninţare pentru public, iar reinternarea, deşi neprecedată de un examen medical aprofundat, era justificată cu titlu de urgenţă.

În ceea ce priveşte detenţia sa ulterioară în spital, până în februarie 1976, aceasta se întemeia pe probe medicale, deci Curtea nu a avut motive să se îndoiască de obiectivitatea şi soliditatea lor. În consecinţă, s-a decis că, în speţă, nu a avut loc o privare de libertate nejustificată (art. 5 paragraful 1 lit. a din Convenţia europeană).

Dar, condamnarea lui X, în 1968, nu înseamnă că el nu avea dreptul să angajeze noi acţiuni care să permită unui tribunal să statueze într-un termen scurt asupra legalităţii reinternării sale în spital şi deci a detenţiei sale.

În virtutea art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană, un alienat deţinut într-o instituţie psihiatrică pentru o durată nelimitată sau prelungită are, în principiu, dreptul, cel puţin în absenţa unui control judiciar periodic şi automat,

de a introduce, la intervale rezonabile, un recurs în faţa unui tribunal pentru a contesta legitimitatea internării sale. Deci, se pune problema de a şti dacă procedura de „habeus corpus", angajată de X, satisfăcea această exigenţă.

În această privinţă, s-a constat că există limite în care legalitatea unei decizii administrative poate fi contestată, potrivit dreptului englez, printr-o procedură de „habeus corpus" şi anume: executivul se bucură de putere de apreciere, controlul vizând numai conformitatea exercitării acestei puteri cu legea în chestiune. Petiţionarul X a avut desigur acces la un tribunal care a judecat detenţia sa ca fiind legală din punct de vedere al dreptului englez, dar aceasta nu este suficient pentru realizarea scopurilor pentru care au fost instituite prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţie, deoarece Convenţia însăşi subordonează legalitatea internării alienaţilor unor exigenţe care merg dincolo de simpla concordanţă cu dreptul intern. Potrivit art. 4 paragraful 4, controlul legalităţii trebuie să fie destul de amplu pentru a se extinde la fiecare din aceste condiţii. Un control atât de redus ca acela asigurat de procedura de „habeus corpus", dacă este satisfăcător pentru o măsură de urgenţă pentru internarea persoanelor ca alienate, nu este suficient pentru o detenţie prelungită ca aceea suferită de X până în 1976. Cu alte cuvinte, art. 5 paragraful 4 reclama, în speţă, o procedură potrivită care să permită unei jurisdicţii de a cerceta dacă tulburările mintale ale bolnavului persistau şi dacă ministrul de interne era în drept să creadă că se impunea continuarea internării în interesul securităţii publice. În consecinţă, Curtea a tras concluzia că, în speţă, au fost încălcate prevederile art. 5 paragraful 4 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor oamenilor.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 5 noiembrie 1981, în cauza X contra Regatului Unit*).

Capitolul VIII: Drepturile şi libertăţile fundamentale ale omului

1. Sfârşitul celui de al doilea război mondial, avându-se în vedere consecinţele acestuia asupra populaţiilor, a fost o ocazie de a se reflecta asupra mijloacelor care să permită eradicarea sărăciei şi a inegalităţilor. Sfera reglementărilor juridice, îmbogăţită cu recunoaşterea drepturilor fundamentale ale indivizilor a apărut, în aceste condiţii, ca un instrument privilegiat întrucât tocmai represiunea individului şi încălcarea demnităţii sale, parţial prin drept şi legi discriminatorii, a constituit o caracteristică a anilor 1939-1945. În consecinţă au început să apară şi să se dezvolte numeroase instrumente de protecţie a drepturilor şi libertăţilor persoanelor, în special „Declaraţia universală a drepturilor omului" din 1948, apoi cele două Pacte din 1966: „Pactul internaţional referitor la drepturile civile şi politice" şi „Pactul internaţional referitor la drepturile economice, sociale şi culturale".

Pactul internaţional referitor la drepturile civile şi politice reuneşte drepturile civile şi politice, în special libertăţile de expresie, credinţă şi de asociere.

Pactul internaţional referitor la drepturile economice, sociale şi culturale consacră drepturile economice şi sociale cum sunt dreptul la un nivel de viaţă suficient sau dreptul la educaţie.

Avem de-a face, aşadar, cu o largă mişcare spre o mai mare recunoaştere juridică a ansamblului nevoilor fiinţei umane, un nou domeniu de intervenţie juridică la nivel mondial.

Dacă Statul rămâne principalul deţinător al puterii de a adopta, modifica sau aboli litigiile privind aceste măsuri publice, în paralel se dezvoltă nevoia de a se recunoaşte drepturile şi libertăţile persoanelor prin instrumente protejate contra voinţei ulterioare a legiuitorului. Ca atare, domeniul drepturilor şi libertăţilor persoanei guvernează aproape totalitatea raporturilor sociale.

Rolul dreptului, în ceea ce priveşte problematica referitoare la drepturile şi libertăţile persoanei, trebuie analizat în contextul istoric şi ideologic în care aceste drepturi şi libertăţi s-au născut pe scena internaţională.

În ceea ce priveşte fundamentele istorice, atât drepturile civile şi politice, cât şi cele economice, sociale şi culturale îşi au fundamentul în Tratatul de la Versailles din 1919, tratat care a fost elaborat la sfârşitul celui dintâi război mondial. Cu acea ocazie a fost creată Organizaţia Internaţională a Muncii, fiind recunoscute câteva drepturi în acest domeniu. Statele părţi la această organizaţie se angajau să respecte anumite principii generale, cum sunt dreptul de asociere, plata unui salariu adecvat susceptibil să asigure salariatului un nivel de viaţă decent, stabilirea unor ore de muncă rezonabile, abolirea muncii copiilor şi echitatea salarială între bărbaţi şi femei, principii care se înrudeau cu numeroase drepturi economice şi sociale care sunt protejate în prezent. Acestea sunt motivele pentru care Tratatul de la Versailles este considerat ca fiind punctul de plecare ale acestor drepturi şi libertăţi în ceea ce priveşte naşterea acestora pe scena internaţională.

Între anii 1930 - 1940, perioadă de criză economică, s-a avansat ideea unui rol mai important al Statului în materie economică şi socială, dezvoltându-se noţiunea de „Stat providenţă”.

Este citat în special preşedintele SUA, Franklin D. Roosevelt care, în 1941, a jucat un rol catalizator, recunoscând necesitatea asigurării unei anumite forme de protecţie a nevoilor economice ale indivizilor, în completarea protecţiei libertăţilor fundamentale. Este citat, de asemenea, discursul preşedintelui Roosevelt cu privire la starea Uniunii Statelor Unite ale Americii din 1944 care a reafirmat într-un mod mai explicit necesitatea unei protecţii economice şi sociale a indivizilor, în special prin recunoaşterea drepturilor la o locuinţă decentă, la îngrijiri medicale corespunzătoare, la oportunitatea de a fi sănătos, măsuri sociale în favoarea pensionarilor, a bolnavilor, a celor accidentaţi şi şomeri, precum şi la o bună educaţie.

După cel de-al doilea război mondial, inspirându-se şi din discursurile sus-menţionate ale preşedintelui Franklin D. Roosevelt, s-a procedat la adoptarea unor tratate şi convenţii internaţionale în materie economică şi socială. Astfel, în 1947, Adunarea generală a Naţiunilor Unite a planificat adoptarea unei Carte internaţionale care trebuia să cuprindă o „declaraţie a drepturilor şi obligaţiilor Statelor, precum şi un tratat prin care să se recunoască drepturile şi libertăţile obligatorii, şi mijloacele de punere în aplicare a acestora. Aşa a luat naştere, la 10 decembrie 1948, „Declaraţia universală a drepturilor omului", prin care nu se face nici o diferenţiere între drepturile civile şi politice şi drepturile economice, sociale şi culturale.

Fără să fie, în mod formal, obligatorie, Declaraţia universală a drepturilor omului are o puternică valoare simbolică (prin care se sugerează o idee), datorită faptului că prin ea se consacră un ansamblu extins de drepturi şi libertăţi de toate felurile (dreptul la viaţă, libertate, securitatea persoanei etc.).

Consacrarea universală nediferenţiată atât a drepturilor civile şi politice, cât şi a celor economice, sociale şi culturale nu a rezistat presiunilor şi conflictelor ideologice care au izbucnit cu ocazia elaborării pactului (tratatului obligatoriu) care a urmat după adoptarea Declaraţiei universale a drepturilor omului, aşa încât Comisa drepturilor omului, organ ataşat Consiliului economic şi social din cadrul ONU, care a fost delegată să pregătească un „proiect de pact unic", destinat să facă obligatoriu şi să pună în practică un ansamblu de drepturi şi libertăţi ale persoanei similar celor recunoscute în Declaraţia universală a drepturilor omului, după o matură reflecţie, a decis să acorde mai întâi atenţie redactării dispoziţiilor privind drepturile civile şi politice, propunându-se Adunării generale a ONU să adopte două pacte distincte, întrucât redactarea drepturilor economice, sociale şi culturale ar necesita un timp mai îndelungat.

Adunarea generală a ONU, din 4 decembrie 1950, nu a fost de acord cu această recomandare, afirmând cu vigoare caracterul indivizibil şi importanţa egală atât a drepturilor civile şi politice, cât şi a drepturilor economice, sociale şi culturale. Au fost invocate în acest sens trei considerente şi anume:

- Declaraţia universală are în vedere omul ca fiind o persoană căreia îi aparţine fără îndoială libertăţi civile şi politice, precum şi drepturi economice, civile şi culturale;

- libertăţile civile şi politice şi drepturile economice, sociale şi culturale sunt legate între ele şi se condiţionează reciproc;

- omul lipsit de drepturi economice, sociale şi culturale nu reprezintă persoana umană pe care a avut-o în vedere Declaraţia universală ca ideal al omului liber.

În consecinţă s-a cerut Consiliului economic şi social să invite Comisia drepturilor omului să enunţe în mod clar, în cadrul proiectului de pact şi drepturile economice, sociale şi culturale.

Comisia drepturilor omului s-a supus acestei cerinţe şi a procedat la redactarea mai multor texte prin care se recunoşteau drepturile economice şi sociale care urmau să fie integrate în proiectul comun de Pact. Dar, totuşi, a fost rezervat un statut diferit drepturilor economice, sociale şi culturale, aşa încât, deşi s-a recunoscut poziţia lor concurentă în raport cu drepturile civile şi politice, s-a ajuns la includerea lor în documente diferite, Adunarea generală a ONU ajungând la concluzia că această problemă (a conflictelor ideologice) urmează a fi rezolvată prin elaborarea a două pacte. Însă, pentru a se limita consecinţele acestei diviziuni s-a cerut Comisiei drepturilor omului să procedeze de aşa manieră încât în ambele pacte să fie introduse un maximum de dispoziţii similare şi acestea să fie supuse simultan semnării Statelor, pentru ca ele să fie adoptate împreună la 16 decembrie 1966.

În consecinţă, conform cerinţei Adunării generale a ONU, în ambele Pacte figurează acelaşi preambul prin care se afirmă importanţa protejării demnităţii umane, egalitatea de drepturi, de libertate, de justiţie şi a tuturor drepturilor persoanei. De asemenea, s-a consacrat, în ambele documente, dreptul popoarelor de a dispune de ele însele, precum şi dreptul la o egală protecţie a drepturilor şi libertăţilor recunoscute. Dar, aşa cum se subliniază în literatura de specialitate, aici se opresc similitudinile (asemănările), diferenţierile fiind mai marcante.

Drepturile şi libertăţile recunoscute în cele două Pacte sunt redactate în termeni diferiţi, ceea ce lasă să se înţeleagă că întinderea drepturilor civile şi politice şi drepturile economice şi sociale

nu este aceeaşi. De exemplu, în timp ce în virtutea Pactului civil, orice individ are dreptul la libertatea şi securitatea persoanei, potrivit Pactului social, Statele părţi recunosc, în special, dreptul oricărei persoane la un nivel de viaţă suficient pentru ea şi familia sa.

De asemenea, definiţiile generale ale obligaţiilor la care sunt supuse statele devenite părţi la cele două Pacte sunt diferite.

Tot aşa şi mecanismele de supraveghere a respectării celor două Pacte sunt diferite.

Mai mulţi autori afirmă că aceste diferenţieri se datorează în esenţă unor considerente de ordin ideologic, Statele Unite ale Americii şi Regatului Unit al Marii Britanii, nefiind favorabile includerii drepturilor economice şi sociale în proiectul unic de Pact, în timp ce ţările socialiste au favorizat o viziune indivizibilă atât a drepturilor şi libertăţilor persoanelor, cât şi a drepturilor economice şi sociale.

Alţi autori remarcă, totuşi, faptul că redactarea acestor două Pacte favorizează şansele de a se vedea ca acestea să fie adoptate de un maxim de ţări.

2. Istoria regimului european a drepturilor omului, după cel de-al doilea război mondial se distinge faţă de alte sisteme internaţionale şi regionale referitoare la drepturile omului care s-au constituit în aceeaşi perioadă de timp. Dar, aceasta nu trebuie să mascheze (ocolească) totuşi, faptul că sistemele de drept europene şi internaţionale referitoare la drepturile omului sunt intim legate de chiar istoria secolului XX. *Convenţia europeană a drepturilor omului* a urmărit realizarea unui proiect politico-juridic deja început de Organizaţia Naţiunilor Unite prin care se viza împiedicarea unor eventuale conflicte pe scară mare. Versiunea europeană a acestei strategii de elaborare a unui

drept internaţional a comportat şi un ansamblu de motivări şi caracteristici diferite. Deşi ambele sisteme juridice ale drepturilor omului, cel european şi cel al ONU, au fost concepute şi realizate ca urmare a atrocităţilor celui de-al doilea război mondial, principala forţă motrice a regimului european al drepturilor omului şi-a avut sursa şi în teama de imperialism sovietic în Europa occidentală, aşa încât aproape chiar de la început, această dimensiune a războiului rece a creat o unitate politică printre Statele participante la negocieri, ceea ce a dat acestei iniţiative de instituţionalizare şi dezvoltare a dreptului, în general şi a drepturilor omului, în special un caracter urgent şi necesar. În modul acesta, proiectul european al Convenţiei europene a drepturilor omului a devenit sensibil diferit de regimul drepturilor omului al Organizaţiei Naţiunilor Unite care aproape că a fost paralizat de confruntările legate de „războiul rece". Regimul european al drepturilor omului, în ceea ce îl priveşte, a fost, dimpotrivă, alimentat de războiul rece. Iar, acest punct de plecare s-a transformat mai târziu şi în mod progresiv într-o concepţie a dreptului european al drepturilor omului într-un teren juridic dinamic.

Pentru o mai bună punere în evidenţă a acestor diferenţieri de regim juridic este necesară o trecere în revistă, rezumativă, a condiţiilor în care a luat naştere sistemul european al drepturilor omului şi a etapelor sale de dezvoltare care se suprapun pe cele ale creării şi dezvoltării Uniunii Europene.

Europa, continentul cel mai sever lovit de ostilităţile şi ororile celui de-al doilea război mondial şi cel mai blamabil pentru declanşarea acestui conflict, s-a situat, tocmai datorită acestor considerente, în avangarda protecţiei supranaţionale a drepturilor omului. S-a simţit o

nevoie acută de reconfigurare radicală a Europei după război, aceasta şi datorită prăbuşirii imperiilor coloniale şi creşterii, corelative a unei cerinţe de „integrare europeană” în contextul războiului rece. În aceste condiţii, Europa a ajuns un adevărat cap de pod în acţiunea de protecţie internaţională a drepturilor omului. De aceea, dispozitivul juridic şi instituţional constituit după război, dedicat protecţiei drepturilor omului în Europa, se diferenţiază de sistemul instituit de Organizaţia Naţiunilor Unite fiind una dintre tentativele cele mai ambiţioase şi cele mai reuşite de creare a unui regim internaţional de protecţie a drepturilor omului. Unii autori subliniază chiar că acest regim a devenit un model „de facto” pentru dezvoltarea drepturilor omului în alte regiuni ale lumii.

Cu toate acestea, obiectivul iniţial urmărit a fost mai specific şi anume acela de a se prezerva (apăra) Europa de propriile sale rele politice şi juridice, din dezbaterile şi negocierile care au condus la adoptarea Convenţiei europene cu privire la apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale rezultând în mod clar că această convenţie era considerată de un număr mare de ţări ca făcând parte dintr-un vast proiect de integrare europeană în cadrul căreia drepturile omului să reprezinte în acelaşi timp un izvor de legitimitate (regim întemeiat pe lege) şi un angajament politico-moral.

Desigur că realizarea acestor obiective ambiţioase cu privire la integrarea europeană nu puteau fi decât rezultatul unor dezvoltări etapizate, dar cu acest prilej a fost aşezată piatra unghiulară a ceea ce trebuia să devină, în timp, un sistem european al drepturilor omului. Se apreciază că aceste două Europe de după război: „Europa de piaţă” şi „Europa drepturilor omului” au început să funcţioneze de o manieră integrată abia în ultimul

timp. Cu alte cuvine, geneza (naşterea) sistemului european al drepturilor omului este mai puţin evidentă şi mult mai disputată având o evoluţie a unei interacţiuni continue şi subtile a dreptului şi politicii care au structurat încă de la început sistemul european al drepturilor omului, ceea ce a avut ca efect decisiv atât dezvoltarea sa instituţională, cât şi juridică.

În cursul timpului, începând de la mijlocul anului 1940, până în anii 1960, sistemul european al drepturilor omului a fost marcat, într-o largă măsură, de faptul că dreptul şi politica nu deveniseră încă sfere sociale diferenţiate, cum era cazul în sistemele juridice şi politice naţionale. Dar, aceasta nu însemna nicidecum că sistemul european al drepturilor omului era un simplu „drept politizat" sau o „politică legalizată" ci însemna doar că frontierele dintre aceste două câmpuri sociale nu erau bine determinate (trasate). Sistemul european al drepturilor omului este considerat ca fiind un „câmp în curs de naştere", un „câmp juridic în construcţie" care, în consecinţă, se fundamentează, în principal, pe practicile naţionale şi internaţionale preexistente.

Aşadar, la începuturile sale, sistemul european al drepturilor omului era, în aceeaşi măsură, atât un proces politic, cât şi juridic, şi, în consecinţă, trebuie analizat avându-se în vedere principalii factori ai evoluţiilor care au avut loc în timp, ale căror acţiuni au reuşit să perfecţioneze jocul subtil dintre politică şi drept, definindu-se terenul de joc al sistemului european al drepturilor omului în Europa de după război.

Ideea de a se crea, în perioada după cel de-al doilea război mondial, o anumită formă de protejare supranaţională a drepturilor omului are origini controversate în literatura de specialitate, fiind pe larg dezbătute chiar şi schimbările induse de inovaţiile în termeni de internaţionalizare a

drepturilor omului. Dar, o chestiune care s-a aflat în centrul discuţiilor a fost aceea a continuităţii istorice, sau, eventual, discontinuitatea, numeroaselor probleme legate de drepturile omului: subiect individual, garanţie colectivă internaţională etc. Transformările cele mai esenţiale, implicate de procesele politice, sociale şi economice de după război s-a axat, totuşi, în jurul unei anchete întreprinse în legătură cu avântul luat de drepturile omului pe plan internaţional după cel de-al doilea război mondial.

După război, angajamentele internaţionale în favoarea drepturilor omului au condus nu numai la crearea unor noi norme internaţionale, ci de asemenea şi a unui ansamblu de noi forumuri internaţionale consacrate apărării drepturilor omului, ansambluri care au contribuit masiv la transformarea concepţiilor referitoare la maniera de a proteja drepturile omului şi chiar cu privire la noţiunea însăşi de „drepturi ale omului", subliniindu-se diferenţierile clare între perioada dintre cele două războaie şi cea după război în ceea ce priveşte structurile şi oportunităţile în această materie. Pe termen lung efectele acestei orientări şi cadrul instituţional în care s-a dezvoltat acest principiu fundamental au fost determinate de jocul interacţiunilor între noile norme şi instituţii şi contextul lor geopolitic aflat în plină transformare.

Aşa cum am arătat şi mai sus, experienţa europeană a instituţionalizării internaţionale a drepturilor omului este considerabil diferită de alte experienţe din aceeaşi perioadă. Redactarea Declaraţiei universale a drepturilor omului a fost impulsionată de o dinamică generală legată de fondarea Organizaţiei Naţiunilor Unite şi ideologia universalistă a anumitor teoreticieni, nefiind totuşi urmată de un angajament ferm de aplicare a acestor norme universale. Convenţia europeană de apărare a drepturilor omului a fost elaborată într-

un context diferit, întrucât erau vii în memoria colectivă atrocităţile celui de-al doilea război mondial şi încălcarea flagrantă a drepturilor omului în ţările ocupate. În numeroase cazuri, actorii care au acţionat cu fermitate în direcţia protejării drepturilor omului au fost activi în rezistenţă sau au fost membrii ai forţelor aliate în timpul războiului. Între altele, teama de izbucnire a unor noi ostilităţi de-a lungul „cortinei de fier" a determinat şi a constituit o prioritate politică pentru oamenii angrenaţi în această direcţie a apărării drepturilor omului. Ca atare, nu putea fi vorba doar de o imitare a dispoziţiilor juridice elaborate în cadrul Organizaţiei Naţiunilor Unite ci şi de crearea unor instituţii juridice eficiente necesare pentru atingerea obiectivului urmărit. Fiind fructul unui context creat de „războiul rece", sistemul european al drepturilor omului trebuia să meargă mai departe atât din punct de vedere juridic, cât şi instituţional. Iar, această situaţie s-a manifestat prin introducerea unei Curţi a drepturilor omului. Deci, Convenţia europeană a fost mai mult decât un simplu acord internaţional, în cadrul căruia Statele pot să-şi intenteze acţiuni juridice unele contra altora pentru încălcarea unei convenţii aprobate în mod reciproc. Prin Convenţia europeană a drepturilor omului s-a oferit chiar şi indivizilor posibilitatea de a intenta acţiuni contra propriilor lor guvernanţi în faţa unei instituţii internaţionale.

Aceste inovaţii juridice internaţionale sunt în prezent aproape sinonime (asemănătoare ca sens) cu sistemul european al drepturilor omului, dreptul de acţiune individuală devenind emblema europeană a drepturilor omului contemporan.

3. În Constituţia României, titlul II, sunt consacrate „drepturile, libertăţile şi îndatoririle fundamentale ale cetăţenilor" subliniindu-se astfel că, pe lângă drepturi şi îndatoriri fundamentale,

cetăţenilor le revin, în mod corelativ şi „îndatoriri" la fel de fundamentale, ceea ce, cel mai adesea, nu se prea ia în considerare, solicitându-se vehement drepturi şi libertăţi şi neglijându-se că acestora le corespund îndatoriri, comportamente şi mentalităţi la fel de importante. În consecinţă, titlul II din Constituţie este structurat în trei părţi (capitole): capitolul 1 „Dispoziţii comune"; capitolul 2 „Drepturile şi libertăţile fundamentale"; capitolul 3 „Îndatoririle fundamentale".

Capitolul 1 al titlului II din Constituţia României conţine prevederi comune privind: universalitatea şi egalitatea în drepturi a cetăţenilor, precum şi accesul la justiţie a acestora.

Universalitatea. Cetăţenii beneficiază de drepturile şi libertăţile consacrate prin Constituţie, legea supremă (fundamentală) în Stat, precum şi prin alte legi, având, în mod corelativ, şi obligaţiile prevăzute de acestea (principiul legalităţii, care trebuie să opereze şi în cazul prevederilor constituţionale) (art. 15 alin. 1).

Prin lege se dispune numai pentru viitor, cu excepţia legii penale sau contravenţionale în cazul când acestea ar fi mai favorabile (principiile neretroactivităţii legilor, cu excepţia legii mai favorabile) (art. 15 alin. 2).

Egalitatea în drepturi şi egalitatea de şanse. Cetăţenii sunt egali în faţa legii şi a autorităţilor publice, fără privilegii şi fără discriminări, nimeni nu este mai presus de lege (art. 16 alin. 1 şi 2).

Funcţiile şi demnităţile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condiţiile legii, de persoanele care au cetăţenia română şi domiciliul în ţară, Statul român garantând egalitatea de şanse între femei şi bărbaţi pentru ocuparea acestor funcţii şi demnităţi (art. 16 alin. 3).

Accesul liber la justiţie. Orice persoană se poate adresa justiţiei pentru apărarea drepturilor, a libertăţilor şi a intereselor sale legitime (întemeiate din punct de vedere legal) (art. 21 alin. 1).

Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept (art. 21 alin. 2).

Părţile au dreptul la un proces echitabil şi la soluţionarea cauzelor într-un termen rezonabil (art. 21 alin. 3, text care reproduce cu exactitate prevederile art. 6 din Convenţia europeană a drepturilor omului).

Jurisdicţiile speciale administrative sunt facultative şi gratuite (art. 21 alin. 4).

La capitolul 1 din titlul II al Convenţiei sunt incluse şi dispoziţii cu privire la cetăţenii români care se află în străinătate, cetăţenii străini şi apatrizi.

Cetăţenii români se bucură în străinătate de protecţia statului român. Ei trebuie să-şi îndeplinească de acolo obligaţiile, însă cu excepţia cazurilor de obligaţii care nu sunt compatibile cu absenţa lor din ţară (art. 17).

Cetăţenii străini şi apatrizii care locuiesc în România se bucură de protecţia persoanelor şi a averilor, garantată de Constituţie şi de alte legi (art. 18 alin. 1).

Dreptul de azil se acordă şi se retrage în condiţiile legii, cu respectarea tratatelor şi convenţiilor internaţionale la care România este parte (art. 18 alin. 2 şi 3).

Extrădarea şi expulzarea. Cetăţeanul român nu poate fi extrădat sau expulzat din România (art. 19 alin. 1). Dar, prin derogare de la acest principiu, cetăţenii români pot fi extrădaţi în baza convenţiilor internaţionale la care România este parte, în condiţiile legii şi pe bază de reciprocitate (art. 19 alin. 2).

Cetăţenii străini sau apatrizii pot fi extrădaţi numai pe baza unei convenţii internaţionale sau în condiţii de reciprocitate (art. 19 alin. 3).

Expulzarea sau extrădarea se hotărăşte de justiţie (art. 19 alin. 4).

În partea finală a capitolului 1 a titlului II sunt incluse şi prevederi cu privire la aplicabilitatea în România a tratatelor internaţionale privind drepturile omului. Astfel, la art. 20 alin. 1 se prevede că „Dispoziţiile constituţionale privind drepturile şi libertăţile cetăţenilor vor fi interpretate şi aplicate în concordanţă cu Declaraţia Universală a drepturilor omului, cu cele două pacte şi cu celelalte tratate la care România este parte". Nu se face referire expresă şi la „ Convenţia europeană a drepturilor omului", ceea ce, în condiţiile în care nu există diferenţieri substanţiale între Declaraţia universală a drepturilor omului elaborată de Organizaţia naţiunilor Unite şi Convenţia europeană a drepturilor omului, trebuie să se subînţeleagă că aceasta din urmă este inclusă, implicit, în noţiunea generală de „celelalte tratate la care România este parte", ceea ce credem că nu este un procedeu de tehnică legislativă adecvat când este vorba de Constituţie, legea fundamentală a unei ţări.

Aceeaşi formulare confuză este reluată şi la alineatul 2 al art. 20, potrivit căruia „Dacă există neconcordanţe între pactele (cele două pacte prin care a fost pusă în aplicare Declaraţia universală a drepturilor omului elaborată de ONU) şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului (nefiind menţionate expres şi libertăţile fundamentale, ceea ce este o altă deficienţă de redactare), la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile".

Defectuozităţile de redactare a art. 20 ar trebui eliminate cu ocazia unei eventuale proceduri de revizuire a Constituţiei.

Capitolul 2 al titlului II din Constituţia României se referă la „drepturile şi libertăţile fundamentale ale omului". Întrucât redactorii Constituţiei au făcut o prezentare amalgamată a „drepturilor fundamentale" şi „libertăţilor fundamentale", deşi există diferenţieri între „drepturi" şi „libertăţi", în ceea ce ne priveşte vom proceda, dimpotrivă, la o prezentare separată a acestor două categorii de atribute ale persoanei umane.

A. *În categoria „drepturilor fundamentale"* sunt incluse următoarele:

a) *Dreptul la viaţă şi la integritate fizică şi psihică*. Dreptul la viaţă şi dreptul la integritate fizică şi psihică ale persoanei sunt garantate (art. 22 alin. 1).

Nimeni nu poate fi supus torturii şi nici unui fel de pedeapsă sau tratament inuman ori degradant (art. 22 alin. 2).

Pedeapsa cu moartea este interzisă (art. 22 alin. 3).

b) *Dreptul la apărare*. Dreptul la apărare este garantat (art. 24 alin. 1).

În tot cursul procesului, părţile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu (art. 24 alin. 2).

c) *Dreptul la libera circulaţie*. Dreptul la liberă circulaţie, în ţară şi în străinătate este garantat. Legea stabileşte condiţiile exercitării acestui drept (art. 25 alin. 1). Deci, nu este vorba de o „libertate absolută" de a circula, ci de o „libertate de circulaţie reglementată".

Fiecărui cetăţean îi este asigurat dreptul de a-şi stabili domiciliul sau reşedinţa în orice localitate din ţară, de a emigra, precum şi de a reveni în ţară (art. 25 alin. 2). Este, de asemenea, vorba de un „drept reglementat”, nu unul discreţionar.

Aici se impun unele explicaţii în legătură cu noţiunile de „domiciliu” şi „reşedinţă” pentru a se evita unele, eventuale, confuzii.

Potrivit art. 86 alin. 1 din Codul civil român „Cetăţenii români au dreptul să îşi stabilească ori să îşi schimbe, în mod liber, domiciliul sau reşedinţa, în ţară sau în străinătate, cu excepţia unor cazuri anume prevăzute de lege.

Dacă prin lege nu se prevede altfel, o persoană fizică nu poate să aibă în acelaşi timp decât un singur domiciliu şi o singură reşedinţă, chiar şi atunci când deţine mai multe locuinţe (art. 86 alin. 2 din Codul civil).

Domiciliul persoanei fizice, în vederea exercitării drepturilor şi libertăţilor sale, civile, este acolo unde acesta declară că îşi are locuinţa principală (art. 87 C. civ.).

Reşedinţa persoanei fizice este locul unde îşi are locuinţa secundară (art. 88 C. civ.).

Stabilirea şi schimbarea domiciliului. Stabilirea sau schimbarea domiciliului se face cu respectarea dispoziţiilor legii speciale (art. 89 alin. 1 C. civ.).

Stabilirea sau schimbarea domiciliului nu operează decât atunci când cel care ocupă sau se mută, într-un anumit loc a făcut-o cu intenţia de a avea acolo locuinţa principală (art. 89 alin. 2 C. civ.).

Dovada intenţiei rezultă din declaraţiile persoanei făcute la organele administrative competente să opereze stabilirea sau schimbarea domiciliului, iar în lipsa acestor declaraţii, din

orice alte împrejurări de fapt (art. 89 alin. 3 C. civ.).

Reşedinţa va fi considerată domiciliu când acesta nu este cunoscut (art. 90 alin. 1 C. civ.). Iar, în lipsă de reşedinţă, persoana fizică este considerată că domiciliază la locul ultimului domiciliu, şi dacă acesta nu se cunoaşte, la locul unde acea persoană se găseşte (art. 90 alin. 2 C. civ.). În aceste situaţii este vorba de o „prezumţie legală de domiciliu".

Dovada domiciliului şi a reşedinţei. Dovada domiciliului şi a reşedinţei se face cu menţiunile cuprinse în cartea de identitate (art. 91 alin. 1 C. civ.).

În lipsa acestor menţiuni ori atunci când acestea nu corespund realităţii, stabilirea sau schimbarea domiciliului ori a reşedinţei nu va putea fi opusă altor persoane (art. 91 alin. 2 C. civ.).

Dispoziţiile alineatului 2 nu se aplică în cazul în care domiciliul sau reşedinţa a fost cunoscută prin alte mijloace de cel căruia i se opune (art. 91 alin. 3 C. civ.).

Domiciliul minorului sau celui pus sub interdicţie judecătorească. Domiciliul minorului care nu a dobândit capacitate deplină de exerciţiu în condiţiile prevăzute de lege este la părinţii săi sau la acela dintre ei la care locuieşte în mod statornic (art. 92 alin. 1 C. civ.). Capacitatea de exerciţiu este aptitudinea persoanei de a încheia singură acte juridice civile (art. 37 C. civ.). Capacitatea de exerciţiu deplină începe de la data când persoana devine majoră, adică la împlinirea vârstei de 18 ani (art. 38 C. civ.).

În cazul în care părinţii au domicilii separate şi nu se înţeleg la care dintre ei va avea domiciliul copilul, instanţa de tutelă, ascultându-i pe părinţi,

precum şi pe copil, dacă acesta a împlinit vârsta de 10 ani, va decide ţinând seama de interesele copilului. Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti, minorul este prezumat că are domiciliul la părintele la care locuieşte în mod statornic (art. 92 alin. 2 C. civ.). Instanţa de tutelă şi de familie este instanţa care realizează procedurile prevăzute de Codul civil pentru ocrotirea persoanelor fizice (art. 107 alin. 1 C. civ.).

În mod excepţional, domiciliul minorului poate fi la bunici, la alte rude ori persoane de încredere, cu consimţământul acestora. De asemenea, domiciliul minorului poate fi şi o instituţie de ocrotire (art. 92 alin. 3 C. civ.).

Domiciliul minorului, în cazul când numai unul dintre părinţii săi îl reprezintă ori în cazul în care se află sub tutelă, precum şi domiciliul persoanei puse sub interdicţie judecătorească este la reprezentantul legal (art. 92 alin. 4 C. civ.).

Persoana care nu are discernământul necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza alienaţiei ori debilităţii mintale, va fi pusă sub „interdicţie judecătorească", instanţa de tutelă putând numi un curator special pentru îngrijirea şi reprezentarea celui a cărei interdicţie a fost cerută, precum şi pentru administrarea bunurilor acestuia (art. 164 alin. 1 şi art. 167 C. civ.). În ceea ce-l priveşte pe minorul care, la data punerii sub interdicţie judecătorească, se afla sub ocrotirea părinţilor rămâne sub această ocrotire până la data când devine major (art. 176 alin. 1 C. civ.). Dacă la data când devine major acesta se află încă sub interdicţie judecătorească, instanţa de tutelă numeşte un tutore (art. 176 alin. 2 C. civ.).

Cazuri speciale privind domiciliul. Domiciliul copilului lipsit, temporar sau definitiv, de ocrotirea părinţilor săi şi supuşi unor măsuri de protecţie

specială în cazurile prevăzute de lege, se află la instituţia sau la persoana cărora le-a fost dat în plasament (art. 93 C. civ.).

În cazul în care s-a instituit o curatelă asupra bunurilor celui care a dispărut, acesta are domiciliul la curator, în măsura în care acesta este îndreptăţit să îl reprezinte (art. 94 C. civ.).

Dacă a fost numit un curator special pentru administrarea bunurilor succesorale, cei chemaţi la moştenire au domiciliul la curator, în măsura în care acesta este îndreptăţit să îi reprezinte (art. 95 C. civ.).

Domiciliul profesional. Cel care exploatează o întreprindere are domiciliul şi la locul acelei întreprinderi, în tot ceea ce priveşte obligaţiile patrimoniale ce s-au născut sau urmează a se executa în acel loc (art. 96 C. civ.).

Domiciliul ales. Părţile unui act juridic pot să aleagă un domiciliu în vederea exercitării drepturilor sau executării obligaţiilor născute din acel act (art. 97 alin. 1 C. civ.).

Alegerea domiciliului nu se prezumă, ci trebuie făcută în scris (art. 97 alin. 2 C. civ.).

d) *Dreptul la inviolabilitatea domiciliului*. Domiciliul şi reşedinţa sunt inviolabile. Nimeni nu poate pătrunde sau rămâne în domiciliul ori reşedinţa unei persoane fără învoirea acesteia (art. 27 alin. 1 din Constituţie).

De la prevederile alineatului 1 se poate deroga prin lege pentru următoarele situaţii (art. 27 alin. 2):

- executarea unui mandat de arestare sau a unei hotărâri judecătoreşti;

- înlăturarea unei primejdii privind viaţa, integritatea fizică sau bunurile unei persoane;

- apărarea securităţii naţionale sau a ordinii publice;

- prevenirea unei epidemii.

Percheziţia se dispune de judecător şi se efectuează în condiţiile şi în formele prevăzute de lege (art. 27 alin. 3).

Percheziţiile în timpul nopţii sunt interzise, în afară de cazul infracţiunilor flagrante (art. 27 alin. 4).

e) *Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată*. Autorităţile publice respectă şi ocrotesc viaţa intimă, familială şi privată (art. 26 alin. 1).

Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însăşi, dacă nu încalcă drepturile şi libertăţile altora, ordinea publică şi bunele moravuri (art. 26 alin.2).

f) *Dreptul la secretul corespondenţei*. Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poştale, al convorbirilor telefonice şi al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil (art. 28 din Constituţie).

În privinţa dreptului la viaţa intimă, familială şi privată şi secretul corespondenţei trebuie subliniat că, totuşi, în Codul de procedură penală - art. 138-148, de la titlul IV consacrat „Probelor şi mijloacelor de probă şi procedeelor probatorii", capitolul IV, se prevede, printre mijloacele şi procedeele probatorii, şi „tehnici speciale de supraveghere sau cercetare" printre care: interceptarea convorbirilor şi comunicărilor; supravegherea video sau audio; obţinerea listei convorbirilor telefonice; reţinerea, predarea sau percheziţionarea trimiterilor poştale; solicitarea şi obţinerea, potrivit legii, a datelor referitoare la tranzacţiile financiare, precum şi a datelor financiare ale unei persoane şi altele, care, însă, reprezintă „excepţii de la regulile şi principiile

drepturilor respective şi pentru care sunt prevăzute proceduri riguroase de protecţie".

g) *Dreptul la informaţie*. Dreptul persoanei de a avea acces la orice informaţie de interes public nu poate fi îngrădit (art. 31 alin. 1 din Constituţie).

Autorităţile publice, potrivit competenţelor ce le revin, sunt obligate să asigure informarea corectă a cetăţenilor asupra treburilor publice şi asupra problemelor de interes personal (art. 31 alin. 2).

Dreptul la informaţie nu trebuie să prejudicieze măsurile de protecţie a tinerilor sau securitatea naţională (art. 31 alin. 3).

Mijloacele de informare în masă, publice şi private, sunt obligate să asigure informarea corectă a opiniei publice (art. 31 alin. 4).

Serviciile publice de radio şi televiziune sunt autonome. Ele trebuie să garanteze grupurilor sociale şi politice importante exercitarea dreptului la antenă. Organizarea acestor servicii şi controlul parlamentar asupra activităţii lor se reglementează prin lege organică (Parlamentul adoptă legi constituţionale, legi organice şi legi ordinare: legile constituţionale sunt cele de revizuire a Constituţiei; prin legile organice sunt fixate regulile referitoare la puterile publice, fiind supuse, pentru adoptare, unei proceduri speciale (art. 31 alin. 5).

Mai trebuie menţionată, în legătură cu dreptul la informaţie şi Legea nr. 52 din 21 ianuarie 2003 privind transparenţa decizională în administraţia publică care are drept scop: a) să sporească gradul de responsabilitate a administraţiei publice faţă de cetăţean, ca beneficiar al deciziei administrative; b) să stimuleze participarea activă a cetăţenilor la procesul de luare a deciziilor administrative şi în procesul de elaborare a actelor normative; c) să

sporească gradul de transparenţă la nivelul întregii administraţii publice (art. 2 din Legea nr. 52/2003).

h) *Dreptul la învăţătură*. Dreptul la învăţătură este asigurat prin învăţământul general obligatoriu, prin învăţământul liceal şi prin cel profesional, prin învăţământul superior, precum şi prin alte forme de instrucţie şi de perfecţionare (art. 32 alin. 1 din Constituţie).

Învăţământul de toate gradele se desfăşoară în limba română, în condiţiile legii, învăţământul se poate desfăşura şi într-o limbă de circulaţie internaţională (art. 32 alin. 2 din Constituţie).

Dreptul persoanelor aparţinând minorităţilor naţionale de a învăţa limba lor maternă şi dreptul de a putea fi instruite în această limbă sunt garantate; modalităţile de exercitare a acestor drepturi se stabilesc prin lege (art. 32 alin. 3 din Constituţie).

Învăţământul de stat este gratuit, potrivit legii, Statul acordă burse sociale de studii copiilor şi tinerilor proveniţi din familii defavorizate şi celor instituţionalizaţi, în condiţiile legii (art. 32 alin. 4 din Constituţie).

Învăţământul de toate gradele se desfăşoară în unităţi de stat, particular şi confesionale, în condiţiile legii (art. 32 alin. 5 din Constituţie).

Autonomia universitară este garantată (art. 32 alin. 6 din Constituţie).

Statul asigură libertatea învăţământului religios, potrivit cerinţelor specifice fiecărui cult. În şcolile de stat, învăţământul religios este organizat şi garantat prin lege.

i) *Dreptul la ocrotirea sănătăţii*. Dreptul la ocrotirea sănătăţii este garantat (art. 34 alin. 1 din Constituţie).

Statul este obligat să ia măsuri pentru asigurarea igienei şi a sănătăţii publice

(art. 34 alin. 2 din Constituţie).

Organizarea asistenţei medicale şi a sistemului de asigurări sociale pentru boală, accidente, maternitate şi recuperare, controlul exercitării profesiilor medicale şi a activităţii paramedicale, precum şi alte măsuri de protecţie a sănătăţii fizice şi mentale a persoanei se stabilesc potrivit legii (art. 34 alin. 3).

j) *Dreptul la mediu sănătos*. Statul recunoaşte dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos şi echilibrat ecologic (art. 35 alin. 1 din Constituţie).

Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept (art. 35 alin. 2).

Persoanele fizice şi juridice (sunt persoane juridice entităţile prevăzute de lege, precum şi orice alte organizaţii legal înfiinţate, acestea putând fi publice sau private, ele putându-se constitui în mod liber, în una dintre formele prevăzute de lege - art. 188-190 din Codul civil român) au îndatorirea de a proteja şi a ameliora mediul înconjurător (art. 35 alin. 3).

k) *Dreptul de vot*. Cetăţenii au drept de vot de la vârsta de 18 ani, împliniţi până în ziua alegerilor inclusiv (art. 36 alin. 1 din Constituţie).

Nu au drept de vot debilii sau alienaţii mintal puşi sub interdicţie, şi nici persoanele condamnate, prin hotărâre judecătorească definitivă, la pierderea drepturilor electorale (art. 36 alin. 2).

l) *Dreptul de a fi ales*. Au dreptul de a fi aleşi cetăţenii cu drept de vot care îndeplinesc condiţiile prevăzute la articolul 16 alineatul 3 (potrivit acestui text „funcţiile şi demnităţile publice, civile sau militare, pot fi ocupate, în condiţiile legii, de persoanele care au cetăţenia română şi domiciliul

în ţară…"), dacă nu le este interzisă asocierea în partide politice, potrivit articolului 40 alineatul 3 (potrivit acestui text nu pot face parte din partidele politice judecătorii Curţii Constituţionale, avocaţii poporului, magistraţii, membrii activi ai armatei, poliţiştii şi alte categorii de funcţionari publici stabilite prin lege organică) (art. 37 alin. 1 din Constituţie).

Candidaţii trebuie să fi împlinit, până în ziua alegerilor inclusiv, vârsta de cel puţin 23 de ani pentru a putea fi aleşi în Camera Deputaţilor sau în organele administraţiei publice locale, vârsta de cel puţin 33 de ani pentru a fi aleşi în Senat şi vârsta de cel puţin 35 de ani pentru a fi aleşi în funcţia de Preşedinte al României (art. 37 alin. 2).

m) *Dreptul de a fi ales în Parlamentul European*. În condiţiile aderării României la Uniunea Europeană, cetăţenii români au dreptul de a alege şi de a fi aleşi în Parlamentul European (art. 38 din Constituţie).

n) *Dreptul de asociere*. Cetăţenii se pot asocia liber în partide politice, în sindicate, în patronate şi în alte forme de asociere (art. 40 alin. 1 din Constituţie).

Partidele sau organizaţiile care, prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranităţii, a integrităţii sau a independenţei României sunt neconstituţionale (art. 40 alin. 2).

Nu pot face parte din partide politice judecătorii Curţii Constituţionale, avocaţii poporului, magistraţii, membrii activi ai armatei, poliţiştii şi alte categorii de funcţionari publici stabilite prin lege organică (art. 40 alin. 3).

Asociaţiile cu caracter secret sunt interzise (art. 40 alin. 4).

În legătură cu „dreptul de asociere” trebuie avută în vedere şi Legea nr. 246 din 18 iulie 2005 cu privire la asociaţii şi fundaţii.

o) *Dreptul la muncă şi protecţia socială a muncii*. Dreptul la muncă nu poate fi îngrădit. Alegerea profesiei, a meseriei sau a ocupaţiei, precum şi a locului de muncă este liberă (deci putem vorbi atât de un drept, cât şi de o libertate) (art. 41 alin. 1 din Constituţie).

Salariaţii au dreptul la măsuri de protecţie socială. Acestea privesc securitatea şi sănătatea salariaţilor, regimul de muncă al femeilor şi al tinerilor, instituirea unui salariu minim brut pe ţară, repausul săptămânal, concediul de odihnă plătit, prestarea muncii în condiţii deosebite sau speciale, formarea profesională, precum şi alte situaţii specifice, stabilite prin lege (art. 41 alin. 2).

Durata normală a zilei de lucru este, în medie, de cel mult 8 ore (art. 41

alin. 3).

La muncă egală, femeile au salariu egal cu bărbaţii (art. 41 alin. 3).

Dreptul la negocieri colective în materie de muncă şi caracterul obligatoriu al convenţiilor colective sunt garantate (art. 41 alin. 4).

p) *Interzicerea muncii forţate*. Munca forţată este interzisă (art. 42 alin. 1 din Constituţie).

Nu constituie muncă forţată (art. 42 alin. 2):

- activităţile pentru îndeplinirea îndatoririlor militare, precum cele desfăşurate, potrivit legii, în locul acestora, din motive religioase sau de conştiinţă;

- munca unei persoane condamnate, prestată în condiţii normale, în perioada de detenţie sau de libertate condiţionată;

- prestaţiile impuse în situaţia creată de calamităţi ori de alt pericol, precum şi cele care fac parte din obligaţiile civile normale stabilite prin lege.

r) *Dreptul la grevă*. Salariaţii au dreptul la grevă pentru apărarea intereselor profesionale, economice şi sociale (art. 43 alin. 1 din Constituţie).

Legea stabileşte condiţiile şi limitele exercitării acestui drept, precum şi garanţiile necesare asigurării serviciilor esenţiale pentru societate (art. 43 alin. 2).

s) *Protecţia copiilor şi tinerilor*. Copiii şi tinerii se bucură de un regim special de protecţie şi de asistenţă în realizarea drepturilor lor (art. 49 alin. 1 din Constituţie).

Statul acordă alocaţii pentru copii şi ajutoare pentru îngrijirea copilului bolnav ori cu handicap. Alte forme de protecţie socială a copiilor şi a tinerilor se stabileşte prin lege (art. 49 alin. 2).

Exploatarea minorilor, folosirea lor în activităţi care le-ar dăuna sănătăţii, moralităţii sau care le-ar pune în primejdie viaţa ori dezvoltarea normală sunt interzise (art. 49 alin. 3).

Minorii sub vârsta de 15 ani nu pot fi angajaţi ca salariaţi (art. 49 alin. 4).

Autorităţile publice au obligaţia să contribuie la asigurarea condiţiilor pentru participarea liberă a tinerilor la viaţa politică, socială, economică, culturală şi sportivă a ţării (art. 49 alin. 5).

ş) *Protecţia persoanelor cu handicap*. Persoanele cu handicap se bucură de protecţie specială. Statul asigură realizarea unei politici naţionale de egalitate a şanselor, de prevenire şi de tratament ale handicapului, în vederea participării efective a persoanelor cu handicap în viaţa

comunităţii, respectând drepturile şi îndatoririle ce revin părinţilor şi tutorilor (art. 50 din Constituţie).

t) *Dreptul la nivelul de trai decent*. Statul este obligat să ia măsuri de dezvoltare economică şi de protecţie socială de natură să asigure cetăţenilor un nivel de trai decent (art. 47 alin. 1 din Constituţie).

Cetăţenii au dreptul la pensie, la concediu de maternitate plătit, la asistenţă medicală în unităţile sanitare de stat, la ajutor de şomaj şi la alte forme de asigurări sociale publice sau private, prevăzute de lege. Cetăţenii au dreptul şi la măsuri de asistenţă socială, potrivit legii (art. 47 alin. 2).

ţ) *Dreptul de proprietate privată*. Dreptul de proprietate, precum şi creanţele asupra statului, sunt garantate. Conţinutul şi limitele acestor drepturi sunt stabilite de lege (art. 44 alin. 1 din Constituţie).

Proprietatea privată este garantată şi ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular. Cetăţenii străini şi apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor numai în condiţiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană şi din alte tratate internaţionale la care România este parte, pe bază de reciprocitate, în condiţiile prevăzute prin lege organică, precum şi prin moştenire legală (art. 44 alin. 3).

Sunt interzise naţionalizarea sau orice alte măsuri de trecere silită în proprietatea publică a unor bunuri pe baza apartenenţei sociale, etnice, religioase, politice sau de altă natură discriminatorie a titularilor (art. 44 alin. 4).

Pentru lucrări de interes general, autoritatea publică poate folosi subsolul oricărei proprietăţi imobiliare, cu obligaţia de a despăgubi proprietarul pentru daunele aduse solului, plantaţiilor sau

construcţiilor, precum şi pentru alte daune imputabile autorităţii (art. 44 alin. 5).

Despăgubirile prevăzute la alineatele 3 şi 5 se stabilesc de comun acord cu proprietarul sau, în caz de divergenţă, prin justiţie (art. 44 alin. 6).

Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecţia mediului şi asigurarea bunei vecinătăţi, precum şi la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului (art. 44 alin. 7).

Averea dobândită licit nu poate fi confiscată. Caracterul licit al dobândirii nu se prezumă (art. 44 alin. 8).

Bunurile destinate, folosite sau rezultate din infracţiuni ori contravenţii pot fi confiscate numai în condiţiile legii (art. 44 alin. 9).

u) *Dreptul la moştenire*. Dreptul la moştenire este garantat (art. 46 din Constituţie).

v) *Familia*. Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimţită între soţi, pe egalitatea acestora şi pe dreptul şi îndatorirea părinţilor de a asigura creşterea, educaţia şi instruirea copiilor (art. 48 alin. 1 din Constituţie).

Condiţiile de încheiere, de desfacere şi de nulitate a căsătoriei se stabilesc prin lege. Căsătoria religioasă poate fi celebrată numai după căsătoria civilă (art. 48 alin. 2).

Copiii din afara căsătoriei sunt egali în faţa legii cu cei din căsătorie (art. 48 alin. 3).

Condiţiile de încheiere, desfacere şi nulitate a căsătoriei sunt reglementate prin art. 266 - 306 din Codul civil român.

z) *Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică*. Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluţionarea

în termenul legal a unei cereri, este îndreptăţită să obţină recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului şi repararea pagubei (art. 52 alin. 1 din Constituţie).

Condiţiile şi limitele exercitării acestui drept se stabilesc prin lege organică (art. 52 alin. 2).

Statul răspunde patrimonial pentru prejudiciile cauzate prin erorile judiciare. Răspunderea statului este stabilită în condiţiile legii şi nu înlătură răspunderea magistraţilor care şi-au exercitat funcţia cu rea-credinţă sau grasă neglijenţă (art. 52 alin. 3).

A se vedea în această privinţă şi Legea nr. 554 din 2 decembrie 2004 privind contenciosul administrativ prin care este dezvoltată tema dreptului persoanelor vătămate într-un drept ori a unui interes al lor, de către o autoritate publică, de a se adresa instanţei de judecată.

w) *Dreptul la petiţionare*. Cetăţenii au dreptul să se adreseze autorităţilor publice prin petiţii formulate numai în numele semnatarilor (art. 51 alin. 1 din Constituţie).

Organizaţiile legal constituite au dreptul să adreseze petiţii exclusiv în numele colectivelor pe care le reprezintă (art. 51 alin. 2).

Exercitarea dreptului de petiţionare este scutită de taxă (art. 51 alin. 3).

Autorităţile publice au obligaţia să răspundă la petiţii în termenele şi în condiţiile stabilite potrivit legii (art. 51 alin. 4).

B. *În categoria „libertăţilor fundamentale”* sunt incluse următoarele:

a) *Libertatea individuală*. Libertatea individuală şi siguranţa persoanei sunt inviolabile (art. 23 alin. 1 din Constituţie).

Percheziţionarea, reţinerea sau arestarea unei persoane sunt permise numai în cazurile şi cu procedura prevăzute de lege (art. 23 alin. 2).

Reţinerea nu poate depăşi 24 de ore (art. 23 alin. 3).

Arestarea preventivă se dispune de judecător şi numai în cursul procesului penal (art. 23 alin. 4).

În cursul urmăririi penale arestarea preventivă se poate dispune pentru cel mult 30 de zile şi se poate prelungi cu cel mult 30 de zile, fără ca durata totală să depăşească un termen rezonabil, şi nu mai mult de 180 de zile (art. 23 alin.5).

În faza de judecată instanţa este obligată, în condiţiile legii, să verifice periodic, şi nu mai târziu de 60 de zile, legalitatea şi temeinicia arestării preventive şi să dispună, de îndată, punerea în libertate a inculpatului, dacă temeiurile care au determinat arestarea preventivă au încetat sau instanţa constată că nu există temeiuri noi care să justifice menţinerea privării de libertate (art. 23 alin. 6).

Încheierile instanţei privind măsura arestării preventive sunt supuse căilor de atac prevăzute de lege (art. 23 alin. 7).

Celui reţinut sau arestat i se aduc de îndată la cunoştinţă, în limba pe care o înţelege, motivele reţinerii sau ale arestării, iar învinuirea, în cel mai scurt termen; învinuirea se aduce la cunoştinţă numai în prezenţa unui avocat, ales sau numit din oficiu (art. 23 alin. 8).

Punerea în libertate a celui reţinut sau arestat este obligatorie, dacă motivele acestor măsuri au dispărut, precum şi în alte situaţii prevăzute de lege (art. 23 alin. 9).

Persoana arestată preventiv are dreptul să ceară punerea sa în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cauţiune (art. 23 alin. 10).

Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de condamnare, persoana este considerată nevinovată (art. 23 alin. 11).

Nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condiţiile şi în temeiul legii (art. 23 alin. 12).

Sancţiunea privativă de libertate nu poate fi decât de natură penală (art. 23 alin. 13).

În legătură cu „percheziţia" a se vedea detalierea făcută prin art. 156 - 168 din Codul de procedură penală român.

În legătură cu măsurile „reţinerii" şi „arestării" a se vedea dezvoltările cuprinse la titlul V din Partea generală a Codului de procedură penală român, capitolul I, „măsurile preventive", art. 202-244.

b) *Libertatea conştiinţei*. Libertatea gândirii şi a opiniilor, precum şi libertatea credinţelor religioase nu pot fi îngrădite sub nici o formă. Nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie ori să adere la o credinţă religioasă, contrare convingerilor sale (art. 29 alin. 1 din Constituţie).

Libertatea conştiinţei este garantată; ea trebuie să se manifeste în spirit de toleranţă şi de respect reciproc (art. 29 alin. 2).

Cultele religioase sunt libere şi se organizează potrivit statutelor proprii, în condiţiile legii (art. 29 alin. 3).

În relaţiile dintre culte sunt interzise orice forme, mijloace, acte sau acţiuni de învrăjbire religioasă (art. 29 alin. 4).

Cultele religioase sunt autonome faţă de stat şi se bucură de sprijinul acestuia, inclusiv prin înlesnirea asistenţei religioase în armată, în spitale, în penitenciare, în azile şi în orfelinate (art. 29 alin. 5).

Părinţii sau tutorii au dreptul de a asigura, potrivit propriilor convingeri, educaţia copiilor minori a căror răspundere le revine (art. 29 alin. 6).

c) *Libertatea de exprimare*. Libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor sau a credinţelor şi libertatea creaţiilor de orice fel, prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile (art. 30 alin. 1 din Constituţie).

Cenzura de orice fel este interzisă (art. 30 alin. 2).

Libertatea presei implică şi libertatea de a înfiinţa publicaţii (art. 30 alin. 3).

Nici o publicaţie nu poate fi suprimată (art. 30 alin. 4).

Legea nu poate impune mijloacelor de comunicare în masă obligaţia de a face publică sursa finanţării (art. 30 alin. 5).

Libera exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viaţa particulară a persoanei şi nici dreptul la imagine (art. 30 alin. 6).

Sunt interzise de lege defăimarea ţării şi a naţiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură naţională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau violenţă publică, precum şi manifestările obscene, contra bunelor moravuri (art. 30 alin. 7).

Răspunderea civilă pentru informaţia sau pentru creaţia adusă la cunoştinţă publică revine editorului sau realizatorului, autorului, organizatorului manifestării artistice, proprietarului mijlocului de multiplicare, al postului de radio sau de televiziune, în condiţiile legii. Delictele de presă se stabilesc prin lege (art. 30 alin. 8).

d) *Dreptul şi libertatea accesului la cultură*. Accesul la cultură este garantat, în condiţiile legii (art. 33 alin. 1 din Constituţie).

Libertatea persoanei de a-şi dezvolta spiritualitatea şi de a accede la valorile culturii naţionale şi universale nu poate fi îngrădită (art. 33 alin. 2).

Statul trebuie să asigure păstrarea identităţii spirituale, sprijinirea culturii naţionale, stimularea artelor, protejarea şi conservarea moştenirii culturale, dezvoltarea creativităţii contemporane, promovarea valorilor culturale şi artistice ale României în lume (art. 33 alin. 3).

e) *Libertatea întrunirilor*. Mitingurile, demonstraţiile, procesiunile şi orice alte întruniri sunt libere şi se pot organiza şi desfăşura numai în mod paşnic, fără nici un fel de arme (art. 39 din Constituţie).

f) *Libertatea economică*. Accesul liber al persoanei la o activitate economică, libera iniţiativă şi exercitarea acestora în condiţiile legii este garantată (art. 45 din Constituţie).

Exercitarea drepturilor şi libertăţilor este supusă şi unor restricţii. Exercitarea unor drepturi sau a unor libertăţi pot fi restrânse numai prin lege şi numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale; prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav (art. 53 alin. 1 din Constituţie).

Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o (principiul proporţionalităţii), să fie aplicată în mod nediscriminatoriu (principiul

nediscriminării) şi fără a se aduce atingere existenţei dreptului sau a libertăţii (art. 53 alin. 2).

Capitolul 3 de la titlul II al Constituţiei se referă la „îndatoririle fundamentale”.

a) *Fidelitatea faţă de ţară*. Fidelitatea faţă de ţară este sacră (art. 54 alin. 1 din Constituţie).

Cetăţenii cărora le sunt încredinţate funcţii publice, precum şi militarii, răspund de îndeplinirea cu credinţă a obligaţiilor ce le revin şi, în acest scop, vor depune jurământul cerut de lege (art. 54 alin. 2).

b) *Apărarea ţării*. Cetăţenii au dreptul şi obligaţia să apere România (art. 55 alin. 1 din Constituţie).

Condiţiile privind îndeplinirea îndatoririlor militare se stabilesc prin lege organică (art. 55 alin. 2).

Cetăţenii pot fi încorporaţi de la vârsta de 20 de ani până la vârsta de 35 de ani, cu excepţia voluntarilor, în condiţiile legii organice (art. 55 alin. 3).

Acest text ni se pare că nu este corelat cu prevederile art. 42 alin. 2 din Constituţie din care rezultă, indirect, că persoanele care din motive religioase sau de conştiinţă nu ar fi obligaţi să fie încorporaţi, pentru a-şi îndeplini obligaţia de apărare a ţării, putând să îndeplinească alte activităţi în locul serviciului militar. Or, aceasta ar însemna, practic, că orice tânăr ar putea ocoli obligaţia de a apăra România invocând motive religioase sau de conştiinţă. Ţara aflată în primejdie trebuie apărată de cetăţeni indiferent de considerente religioase sau de conştiinţă.

c) *Contribuţiile financiare*. Cetăţenii au obligaţia să contribuie, prin impozite şi prin taxe, la cheltuielile publice (art. 56 alin. 1 din Constituţie).

Sistemul legal de impuneri trebuie să asigure aşezarea justă a sarcinilor fiscale (art. 56 alin. 2).

Orice alte prestaţii sunt interzise, în afara celor stabilite prin lege, în situaţii excepţionale (art. 56 alin. 3).

d) *Exercitarea drepturilor şi libertăţilor*. Cetăţenii români, dar şi cetăţenii străini şi apatrizii trebuie să-şi exercite drepturile şi libertăţile constituţionale cu bună-credinţă, fără să încalce drepturile şi libertăţile celorlalţi (art. 57 din Constituţie).

Capitolul IX: Dreptul la viaţă şi la integritatea fizică şi psihică

1. Dreptul la viaţă este un atribut suprem al fiinţei umane, a cărei respectare constituie o condiţie esenţială pentru exercitarea celorlalte drepturi.

Dreptul la integritatea fizică şi psihică are ca scop protecţia persoanei împotriva oricărei atingeri aduse integrităţii sale, atât de autorităţile statului, cât şi de alte persoane, acest drept presupunând interzicerea expresă a torturii, precum şi a altor pedepse sau tratamente crude, inumane sau degradante.

În legătură cu întinderea acestor drepturi (la viaţă şi integritatea fizică şi psihică), în literatura de specialitate s-au exprimat puncte de vedere diferite. Într-o viziune restrictivă, s-a apreciat că dreptul la viaţă nu se extinde şi asupra „dreptului la condiţii de viaţă decentă", (la un anumit nivel de trai) sau la „dreptul persoanei la libera dezvoltare a personalităţii sale".

În sens larg, se consideră, dimpotrivă, că, în mod corelativ, dreptului la viaţă, statului îi revin unele obligaţii şi anume: asigurarea unor condiţii minime de existenţă şi de viaţă decentă; protecţia mediului în care se desfăşoară viaţa; asigurarea mijloacelor necesare pentru ocrotirea sănătăţii cetăţeanului. În special, în privinţa dreptului la ocrotirea sănătăţii, se consideră că acesta este unul din cele mai însemnate drepturi social-economice, în garantarea efectivă a acestui drept, statul având obligaţia pozitivă de a lua măsuri pentru asigurarea igienei şi a sănătăţii publice precum: eliminarea cauzelor unei sănătăţi deficitare; asigurarea de

servicii de consultare şi educare în ceea ce priveşte ameliorarea sănătăţii şi dezvoltarea simţului responsabilităţii individuale faţă de sănătate; prevenirea bolilor epidemice, endemice şi altor boli, precum şi a accidentelor; crearea de condiţii pentru asigurarea unei asistenţe medicale corespunzătoare, inclusiv pentru persoanele defavorizate.

2. În ceea ce priveşte legiferarea „dreptului la viaţă", distingem trei niveluri: internaţional, european şi naţional, reglementările respective, fiind abundente, variate, dar nu îndeajuns de bine corelate, existând diferenţieri care însă nu schimbă liniile directoare orientative, în materie.

În continuare, vom face o prezentare, rezumativă a acestor trei mari categorii de reglementare.

a) *Pe plan internaţional*, reglementarea specifică materiei este Convenţia internaţională cu privire la drepturile civile şi politice, adoptată de Adunarea generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 16 decembrie 1966 - Rezoluţiunea

2206 A(XXI), ratificată de România prin Legea nr. 39/1993, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 193 din 30 iunie 1993.

În partea a treia a Convenţiei, la art. 6 pct.1 se proclamă, la modul general, principiul că „dreptul la viaţă" este inerent persoanei umane, trebuind să fie ocrotit prin lege, nimeni neputând fi privat de viaţa sa în mod arbitrar.

La punctele 2-6 ale acestui articol sunt cuprinse dispoziţii referitoare la „pedeapsa cu moartea", pentru ţările în care aceasta nu a fost abolită.

b) *Pe plan european*, reglementarea specifică o constituie Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, adoptată la

Roma, la 4 septembrie 1950, ratificată de România la 20 iunie 1994. Convenţia a fost completată sau modificată, până în prezent, prin 11 protocoale adiţionale.

„Dreptul la viaţă" face obiectul art. 2 din Convenţie având următorul conţinut:

„ 1. Dreptul la viaţă al oricărei persoane este protejat prin lege. Moartea nu poate fi cauzată cuiva în mod intenţionat, decât în executarea unei sentinţe capitale pronunţate de un tribunal, când infracţiunea este sancţionată prin lege cu această pedeapsă.

2. Moartea nu este considerată ca fiind cauzată prin încălcarea acestui articol în cazurile în care aceasta ar rezulta dintr-o recurgere la forţă absolut necesară:

a) pentru a asigura apărarea oricărei persoane împotriva violenţei ilegale;

b) pentru a efectua o arestare legală sau a împiedica evadarea unei persoane legal deţinute;

c) pentru a reprima, conform legii, tulburări violente sau o insurecţie".

Dar, dreptul la viaţă, aşa cum am arătat şi mai sus, trebuie înţeles într-un sens larg, adică incluzând: viaţa, integritatea fizică şi psihică şi sănătatea, pe plan european fiind adoptată, la 4 aprilie 1997, Convenţia pentru protecţia drepturilor omului şi biomedicina".

Principiile enunţate în această ultimă Convenţie au fost dezvoltate în cadrul unor protocoale adiţionale: Protocolul privind interdicţia clonării umane (Paris, 12 ianuarie 1998); Protocolul privind transplantul de organe şi ţesuturi de origine umană (Strasbourg, 24 ianuarie 2002); Protocolul privind cercetarea biomedicală (Strasbourg, 25 ianuarie 2005); Protocolul privind

textele genetice medicale (Strasbourg, 8 iunie 2007).

Întrucât aceste dispoziţii legale de la nivel european au fost transpuse şi în legislaţia română, examinarea şi prezentarea lor o vom face în cele ce urmează.

c) *Pe plan naţional*, dispoziţiile referitoare la protecţia dreptului la viaţă, integritate fizică şi psihică sunt cuprinse atât în Constituţia României, cât şi în legi organice (îndeosebi în noul Cod civil român).

Constituţia României prevede, la art. 22, că: „(1) Dreptul la viaţă, precum şi dreptul la integritatea fizică şi psihică a persoanei sunt garantate.

(2) Nimeni nu poate fi supus torturii sau unui tratament inuman ori degradant.

(3) Pedeapsa cu moartea este interzisă".

Noul Cod civil român, la cartea I „Despre persoane", titlul II „Persoana fizică" este inclus capitolul II, consacrat „respectului datorat fiinţei umane şi drepturilor ei inerente", care cuprinde două secţiuni, una conţinând dispoziţii cu caracter general, cealaltă dispoziţii specifice privind drepturile la viaţă, la sănătate şi la integritate ale persoanei fizice (art. 61 - 68).

Articolul 61 „Garantarea drepturilor inerente fiinţei umane" are următorul conţinut: (1) Viaţa, sănătatea şi integritatea fizică şi psihică a oricărei persoane sunt garantate şi ocrotite în mod egal de lege. (2) Interesul şi binele fiinţei umane trebuie să primeze asupra interesului unic al societăţii sau al ştiinţei" (acest principiu este enunţat şi la art. 2 din Convenţia europeană privind drepturile omului şi biomedicina).

Articolul 62 „Interzicerea practicii eugenice”, are următorul conţinut: „(1) Nimeni nu poate aduce atingere speciei umane.

(2) Este interzisă orice practică eugenică prin care se tinde la organizarea selecţiei persoanelor”.

Această normă juridică este inspirată din art. 16-4 alin. 1 şi 2 din Codul civil francez care are un conţinut similar.

Articolul 63 „Intervenţiile asupra caracterelor genetice” are următorul conţinut: „(1) Sunt interzise orice intervenţii medicale asupra caracterelor genetice având drept scop modificarea descendenţei persoanei, cu excepţia celor care privesc prevenirea şi tratamentul maladiilor genetice.

(2) Este interzisă orice intervenţie având drept scop crearea unei fiinţe umane genetic identice unei alte fiinţe umane vii sau moarte, precum şi crearea de embrioni umani în scopuri de cercetare.

(3) Utilizarea tehnicilor de reproducere umană asistată medical nu este admisă pentru alegerea sexului viitorului copil decât în sensul evitării unei boli ereditare grave legate de sexul acestuia”.

Textul este inspirat evident din prevederile art. 13 din Convenţia europeană privind drepturile omului şi biomedicina, din 4 aprilie 1997, ratificată de România prin Legea nr. 17/2001.

Articolul 64 „Inviolabilitatea corpului uman” are următorul conţinut: „(1) Corpul uman este inviolabil.

(2) Orice persoană are dreptul la integritatea sa fizică şi psihică. Nu se poate aduce atingere integrităţii fiinţei umane decât în cazurile şi în condiţiile expres şi limitativ prevăzute de lege”.

Potrivit principiului inviolabilităţii persoanei şi, implicit, a corpului uman, nici o persoană nu

poate fi constrânsă să suporte o atingere adusă corpului ei.

Articolul 65 „Examenul caracteristicelor genetice” are următorul conţinut: „(1) Examenul caracteristicelor genetice ale unei persoane nu poate fi întreprins decât în scopuri medicale sau de cercetare ştiinţifică efectuate în condiţiile legii.

(2) Identificarea unei persoane pe baza amprentelor sale genetice nu poate fi efectuată decât în cadrul unor proceduri judiciare civile sau penale, după caz, sau în scopuri medicale ori de cercetare ştiinţifică, efectuate în condiţiile legii”.

Aceste dispoziţii sunt inspirate din art. 12 din Convenţia europeană privind drepturile omului şi biomedicina, din 4 aprilie 1997 potrivit căreia testele predictive ale bolilor genetice sau care servesc la identificarea unui individ purtător al unei gene răspunzătoare de o boală sunt permise numai în scopuri medicale, precum şi în cazurile care servesc la cercetarea ştiinţifică legată de scopuri medicale.

De asemenea, în Codul civil francez, la art. 16-10 alin. 1, sunt conţinute dispoziţii referitoare la studiul medical sau ştiinţific al caracterelor genetice, studiu care nu este posibil decât cu consimţământul prealabil şi expres al celui vizat.

În literatura juridică se face de asemenea sublinierea că amprentarea genetică este posibilă numai în cadrul procesului civil (doar în litigiile care se pretează, cum este cazul cercetării filiaţiei) sau penal ori, atunci când legea permite, în scopuri medicale sau de cercetare ştiinţifică.

Articolul 66 „Interzicerea unor acte patrimoniale” are următorul conţinut: „Orice acte care au ca obiect conferirea unei valori patrimoniale corpului uman, elementelor sau

produselor sale sunt lovite de nulitate absolută, cu excepţia cazurilor expres prevăzute de lege”.

În literatura juridică se face sublinierea că din punct de vedere juridic, corpului uman i se aplică „principiul nepatrimonialităţii”, în sensul că în ceea ce priveşte corpul uman şi elementele sale, chiar şi atunci când aceste elemente sunt separate de corp (organe, ţesuturi, celule) nu pot constitui un obiect al dreptului. Omul, ca persoană fizică, nu poate fi decât subiect de drept, în nici un caz obiect de drept, întrucât corpul nu este dotat cu valoare intrinsecă, nu are un preţ, nu poate face obiectul unui contract şi nu poate fi utilizat de către terţi ca obiect de negociere. Prelevarea şi transplantul de organe, ţesuturi şi celule umane nu poate face obiectul unor acte şi fapte juridice în scopul obţinerii unui folos patrimonial sau de altă natură.

Articolul 67 „Intervenţiile medicale asupra unor persoane” are următorul conţinut: „Nici o persoană nu poate fi supusă experienţelor, testelor, prelevărilor, tratamentelor sau altor intervenţii în scop terapeutic sau de cercetare ştiinţifică decât în cazurile şi condiţiile expres şi limitativ prevăzute de lege”.

Aceste dispoziţii sunt inspirate sau în orice caz legate de art. 16 al Convenţiei europene privind drepturile omului şi biomedicina, din 4 aprilie 1997, potrivit căruia „Nici o cercetare nu poate fi întreprinsă asupra unei persoane decât dacă sunt întrunite următoarele condiţii: nu există o metodă alternativă la cercetarea asupra fiinţelor umane, de o eficienţă comparabilă; riscurile care pot apărea la adresa persoanei nu sunt disproporţionate în raport cu posibilele avantaje ale cercetării; proiectul cercetării a fost aprobat de către un organ competent, după o examinare independentă a meritelor ştiinţifice ale acesteia, inclusiv a evaluării importanţei scopului cercetării şi analizei

multidisciplinare a acceptabilităţii sale etice; persoanele care sunt obiect al cercetării au fost informate cu privire la drepturile şi garanţiile prevăzute de lege pentru protecţia lor; consimţământul persoanei în cauză a fost dat expres, în mod special, şi este consemnat în scris. Acest consimţământ poate fi retras, în orice moment, în mod liber".

Articolul 68 „Prelevarea şi transplantul de la persoanele în viaţă" are următorul conţinut: „ (1) Prelevarea şi transplantul de organe, ţesuturi şi celule de origine umană de la donatori în viaţă se fac exclusiv în cazurile şi condiţiile prevăzute de lege, cu acordul scris, liber, prealabil şi expres al acestora şi numai după ce au fost informaţi, în prealabil, asupra riscurilor intervenţiei. În toate cazurile, donatorul poate reveni asupra consimţământului dat, până în momentul prelevării.

(2) Se interzice prelevarea de organe, ţesuturi şi celule de origine umană de la minori, precum şi de la persoanele aflate în viaţă, lipsite de discernământ din cauza unui handicap mintal, unei tulburări mintale grave sau dintr-un alt motiv similar, în afara cazurilor prevăzute de lege".

Prevederile art. 68 din noul Cod civil român se completează cu acelea ale Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătăţii care, la art. 142 alin. 1 lit. d şi e, prevede că prin „prelevare" se înţelege recoltarea de organe şi/sau ţesuturi şi/sau celule de origine umană sănătoase morfologic şi funcţional, cu excepţia transplantului de celule stem hematopoietice, când celule sunt recoltate de la pacient în vederea realizării unui transplant, „transplantul" reprezentând acea activitate medicală prin care, în scop terapeutic, în organismul unui pacient este implantat sau grefat un organ, ţesut ori celulă.

3. În legătură cu reglementările în materia dreptului la viaţă, sănătate şi integritate fizică şi psihică, există şi o variată practică judiciară a Curţii Europene a Drepturilor Omului, cu sediul la Strasbourg, din care vom face o prezentare rezumativă şi selectivă.

Dreptul la viaţă. Atingere involuntară a dreptului la viaţă a copilului care urma să se nască.

Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale nu conţine dispoziţii referitoare la începutul dreptului de viaţă a unor persoane. Sesizată cu rezolvarea unei speţe având drept obiect tocmai problema momentului naşterii dreptului la viaţă, Curtea Europeană a Drepturilor Omului şi-a exprimat părerea că nu este de dorit să se clarifice statutul embrionului sau al fătului ca „persoană" în sensul art. 2 din Convenţie. În fapt, numita Thi - Nho Vo, cetăţean francez, domiciliată în Franţa, s-a prezentat la spitalul Hôtel-Dieu din Lyon spre a se supune unei vizite medicale, fiind în a şasea lună de sarcină. În aceeaşi zi şi la acelaşi spital s-a prezentat şi Thi Phanh Van Vo căreia urma să i se extragă steriletul. În urmă unei confuzii rezultate din omonimia celor două paciente, medicul a procedat la examinarea pacientei însărcinate în vederea extragerii steriletului ocazie cu care i-a provocat acesteia o ruptură la partea inferioară a membranelor din jurul fătului, din această cauză rezultând necesitatea unui avort terapeutic.

În urma plângerii pacientei şi a soţului acesteia, medicul a fost cercetat pentru răniri involuntare, însă printr-o sentinţă penală a

Tribunalului corecţional din Lyon s-a declarat că medicul este nevinovat.

Curtea de Apel din Lyon a infirmat soluţia primei instanţe, declarându-l pe medic vinovat de uciderea involuntară a fătului şi condamnându-l la 6 luni închisoare cu suspendare şi plata sumei de 1500 euro.

Curtea de Casaţie franceză a casat decizia Curţii de Apel din Lyon, pentru motivul că fapta medicului nu se încadrează în infracţiunea de ucidere involuntară, refuzându-se, astfel, să se considere fătul ca fiind o persoană umană protejată penal.

Pacienta - reclamantă s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, denunţând refuzul autorităţilor franceze de a califica drept ucidere involuntară atingerea adusă vieţii copilului care urma să se nască, Franţa având obligaţia să introducă în legislaţia sa penală prevederi prin care să fie reprimată o astfel de atingere a vieţii.

Examinând obiectul acestei plângeri, Curtea Europeană a Drepturilor Omului face sublinierea prealabilă că, potrivit opiniei sale, punctul de pornire în definirea dreptului la viaţă ţine de aprecierea statelor, acest lucru datorându-se, pe de-o parte, faptului că majoritatea ţărilor care au ratificat Convenţia pentru apărarea drepturilor omului nu au hotărât soluţia ce urmează să fie dată acestei probleme, iar, pe de altă parte, lipsa unui consens european cu privire la definirea ştiinţifică şi juridică a începuturilor vieţii.

Dintr-o dezbatere legislativă despre oportunitatea creării unui delict de întrerupere involuntară a sarcinii, rezultă că natura şi statutul juridic al embrionului şi/sau al fătului nu sunt încă definite şi, în consecinţă, modul de a se asigura protecţia acestora depinde de poziţii variate adoptate de jurişti pe această temă.

Pe plan european, de asemenea, nu există un consens asupra naturii şi statutului embrionului şi/sau fătului; putând fi găsită, cel mult, ca numitor comun, apartenenţa la specia umană. Potenţialitatea acestei fiinţe, precum şi capacitatea sa de a deveni o persoană sunt cele ce trebuie protejate în numele demnităţii umane, fără ca prin aceasta să facem din ea o persoană care ar avea un drept la viaţă, în sensul prevederilor art. 2 din Convenţie.

Ţinând seamă de aceste consideraţii, Curtea consideră că nu este nici de dorit, şi nici măcar posibil, în prezent, să se dea un răspuns abstract întrebării de a se şti dacă pruncul ce urmează să se nască este o „persoană" în sensul art. 2 din Convenţie.

Referindu-se, în mod concret, la speţa examinată, Curtea a considerat că nu este necesar ca să fie examinată chestiunea dacă sfârşitul brutal al sarcinii petiţionarei Vo intră sau nu în domeniul de aplicare al art. 2 din Convenţie, în măsura în care, chiar presupunând că aceste dispoziţii s-ar aplica, cerinţele legate de ocrotirea vieţii nu au fost nesocotite de către Franţa în domeniul sănătăţii publice. Obligaţia pozitivă a statelor - care constă, în domeniul sănătăţii publice, în adoptarea unor măsuri care să asigure protecţia bolnavilor şi în efectuarea unor anchete cu privire la circumstanţele decesului - nu cere în mod necesar recurgerea la măsuri de natură penală. În speţă, petiţionara avea deschisă calea urmăririi penale împotriva medicului, pentru răniri involuntare asupra persoanei sale sau posibilitatea unui recurs administrativ care ar fi permis stabilirea culpei medicale şi repararea în ansamblu a vătămării cauzate din culpa medicului. Deci, urmărirea penală nu se impune, în această speţă. Chiar presupunând că, în speţă, şi-ar fi găsit aplicarea

art. 2 din Convenţie, încă nu se poate considera că acest text ar fi fost încălcat.

(*Hotărârea Marii Camere din 8 iulie 2004, în cauza Vo contra Franţei*)

Comentariu. Modul de soluţionare al cauzei, în speţa sus-menţionată, ni se pare contradictoriu şi în orice caz discutabil sau neconvingător, neputându-se susţine, pe de-o parte, că şi în ipoteza în care s-ar presupune că, în speţă, ar fi aplicabile dispoziţiile din art. 2 din Convenţie, acest text, iar pe de altă parte, că acest text nu ar fi fost încălcat. Apoi, chiar şi din punct de vedere ştiinţific nu credem că s-ar putea susţine că un făt a cărei inimă bate, deşi se află încă în pântecele mamei, nu constituie o viaţă separată faţă de cea a mamei, care trebuie şi ea protejată.

După părerea noastră prin fapta neglijentă a medicului a fost curmată o viaţă, concomitent cu vătămarea fizică cauzată mamei însărcinate, deci un omor prin imprudenţă, a fătului şi o vătămare corporală a mamei însărcinate.

Noul Cod civil român consacră, prin art. 58, dreptul oricărei persoane la viaţă, sănătate, integritate fizică şi psihică, dar lasă neclarificată problema dacă copilul încă nenăscut are o personalitate distinctă de a mamei purtătoare de sarcină. Or, tocmai pe acest considerent al absenţei de personalitate a fătului, distinctă de cea a mamei se întemeiază soluţia adoptată de Curte care, mai mult, apreciază şi subliniază că nu este de dorit şi nici chiar posibil să se dea un răspuns clar întrebării dacă copilul nenăscut ar fi o „persoană” în sensul art. 2 din Convenţie.

Caracterul contradictoriu, neconcludent, nepertinent şi neconvingător al unei asemenea

argumentări artificiale (superficiale) întemeiată pe o aşa-zisă a lipsei de „personalitate” a copilului nenăscut rezultă şi din cercetările medicale consacrate practicilor eugenice, evidenţiindu-se şi eventualele aspecte negative ale acestora, fiind o ameninţare la adresa identităţii umane, prin reproducerea umană asistată medical putându-se ajunge la derapaje cu consecinţe grave pentru fiinţa umană, personalitatea şi identitatea acesteia. De altfel, pe plan european a fost adoptată, la 4 aprilie 1997, la Ovideo, Convenţia pentru protecţia drepturilor omului şi a demnităţii fiinţei umane faţă de aplicaţiile biologiei şi, ale medicinii, prin care este consacrat principiul întâietăţii fiinţei umane, aceasta însemnând că „interesele şi bunăstarea fiinţei umane trebuie să primeze asupra intereselor singulare ale societăţii sau ale ştiinţei”. La art. 13 din Convenţia pentru protecţia drepturilor omului şi a demnităţii fiinţei umane faţă de aplicaţiile biologiei şi ale medicinii, convenţie ratificată şi de România prin Legea nr. 17/2001, se prevede că nu sunt posibile intervenţiile asupra genomului uman decât în scopuri preventive, diagnostice sau terapeutice, cu condiţia să nu aibă drept scop introducerea unei modificări în genomul descendenţilor.

Utilizarea tehnicilor de asistenţă medicală pentru reproducere nu este admisă pentru a alege sexul copilului care urmează să se nască, decât în scopul de a se evita o boală gravă legată de sex.

Din cele de mai sus rezultă în mod evident că nu putem vorbi doar de personalitatea mamei, care ar absoarbe pe cea a copilului nenăscut, ci de două personalităţi distincte, de fiinţe diferite a căror vieţi trebuie protejate deopotrivă.

Dreptul la viaţă. Omor săvârşit de deţinuţi beneficiind de măsuri de inserţie socială. Condiţii de reţinere a răspunderii statului.

În fapt, numitul R.M. a fost ucis de un răufăcător care fugea după ce devalizase o bancă împreună cu doi complici. În momentul petrecerii faptelor, autorul împuşcăturii mortale beneficia de o permisie de ieşire, iar complicii săi se aflau în semi-libertate, aceste măsuri fiind acordate pe baza unor rapoarte întocmite de autorităţile penitenciare cu privire la comportamentul lor în mediul carceral, considerându-se că aceste persoane n-ar constitui un pericol pentru societate.

Cei 3 răufăcători au fost condamnaţi la pedepse grele cu închisoarea şi trebuie să plătească tatălui celui ucis 50.000.000 lire italiene. Dar, tatăl a cerut şi acordarea unei indemnizaţii în baza legii prevăzând un ajutor pentru victimele terorismului şi ale asociaţiilor de răufăcători de tip mafiot. Cererea sa a fost respinsă atât de ministrul de interne, cât şi, ulterior, de Preşedintele Republicii Italiene.

Adresându-se Curţii Europene, tatăl lui R.M. a invocat art. 2 din Convenţia europeană a drepturilor omului susţinând că deciziile judecătorilor de aplicare a pedepselor, care acordaseră măsuri de reinserţie ucigaşilor fiului său, se află la originea decesului acestuia din urmă, plângându-se că nu a obţinut nici o reparaţie din partea statului.

Examinând situaţia de fapt şi de drept în cauza sus-menţionată, Curtea s-a preocupat de clarificarea următoarelor aspecte: dacă sistemul de măsuri de substituire a detenţiei poate angaja responsabilitatea statului în virtutea art. 2 din Convenţia europeană a drepturilor omului?; dacă,

în speţă, adoptarea şi implementarea măsurilor de substituire a detenţiei a pus în evidenţă o abatere de la îndatorirea de diligenţă?; dacă în afară de pedepsirea ucigaşilor, obligaţiile procedurale ce decurg din art. 2 din Convenţie se extind până la a pretinde existenţa unui recurs (acţiune în despăgubire) care să permită punerea în cauză a responsabilităţii statului?

În legătură cu aceste aspecte, Curtea a reţinut următoarele:

- legislaţia italiană prevede posibilitatea organizării şi acordării unor permisii de ieşire a persoanelor condamnate la pedepse cu închisoarea în scopul realizării unei politici de reinserţie socială progresivă a acestora, dacă persoanele respective au efectuat o parte din pedepsele ce le-au fost aplicate şi au avut o bună purtare manifestând o voinţă sinceră de a participa la astfel de programe de inserţie socială, aprecierea periculozităţii sociale a persoanelor respective fiind lăsată la aprecierea judecătorului aplicării pedepselor care trebuie să consulte autorităţile penitenciare şi, dacă este cazul, serviciile de poliţie, legislaţia italiană prevăzând restricţii în privinţa crimelor comise de membrii asociaţiilor de răufăcători. În consecinţă, se poate considera că sistemul instaurat în Italia prevede măsuri suficiente pentru a asigura protecţia societăţii, asigurându-se, concomitent, şi cerinţa umanitară de reinserţie socială a persoanelor condamnate la închisoare, cu condiţia ca acestea să manifeste voinţa sinceră de a participa la astfel de programe;

- riscul în ceea ce priveşte primejdia care ar plana asupra societăţii prin adoptarea şi implementarea măsurilor de inserţie socială se apreciază ţinându-se seama de viaţa membrilor societăţii în general nu asupra unuia sau mai mulţi indivizi anume. Or, în speţă, judecătorii de aplicare a pedepselor s-au bazat pe rapoartele autorităţilor

penitenciare care prezentau aprecieri pozitive asupra comportării deţinuţilor implicaţi în cauză, neexistând nici un indiciu care ar fi putut face autorităţile să se teamă că ieşirea din penitenciar a acestor deţinuţi ar prezenta un risc cert şi imediat pentru viaţa cetăţenilor în general. De asemenea, nimic nu îndreptăţea necesitatea unor măsuri complementare împotriva deţinuţilor respectivi odată ce erau ieşiţi din închisoare. Nici un element nu arată, în cauză, că autorităţile ar fi putut să prevadă în mod rezonabil că deţinuţii din speţă urmau să se unească în vederea comiterii unei infracţiuni care să se soldeze cu moartea altei persoane. În concluzie, Curtea a considerat că nu au fost încălcate prevederile art. 2 din Convenţie, în ceea ce priveşte luarea unor măsuri preventive;

- în ceea ce priveşte întinderea obligaţiilor procedurale rezultate din art. 2 din Convenţie, exista, într-adevăr, obligaţia determinării circumstanţelor morţii fiului petiţionarului, care a fost îndeplinită în sensul că, la capătul anchetei, răufăcătorii au fost recunoscuţi ca fiind vinovaţi de omor şi condamnaţi la pedepse grele, precum şi la indemnizarea (despăgubirea) petiţionarului. Deci, Curtea a ajuns la concluzia că statul şi-a îndeplinit obligaţia de a garanta o anchetă penală, obligaţie care derivă din art. 2 din Convenţie. În afară de pedepsirea ucigaşilor, penal şi civil, nu mai rezultă şi alte obligaţii procedurale care ar rezulta din art. 2 al Convenţiei, dispoziţiile acestuia neputând fi extinse până la a pretinde şi existenţa unui recurs (acţiune) care să permită punerea în cauză a responsabilităţii statului.

Eventual, petiţionarul ar fi avut posibilitatea de a pune în cauză responsabilitatea autorităţilor pentru neglijenţă, prin intermediul a două acţiuni pentru solicitarea de daune: una împotriva statului, pe baza art. 2043 din Codul civil (italian) şi o alta împotriva judecătorilor de aplicare a pedepselor, în

baza Legii nr. 117 cu privire la responsabilitatea magistraţilor. Dar, ambele acţiuni nu sunt accesibile decât dacă există o greşeală (dovedită) a autorităţilor, art. 2 din Convenţia europeană a drepturilor omului neimpunând statelor „obligaţia de a prevedea o indemnizaţie pe baza unei responsabilităţi obiective”;

- în sfârşit, s-a apreciat că legea invocată de petiţionar în susţinerea pretenţiilor sale (legea care prevede acordarea unor indemnizaţii pentru victimele terorismului şi a asociaţiilor de răufăcători de tip mafiot) nu este aplicabilă în cauză.

Pentru toate aceste considerente, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, a considerat că nu au fost încălcate prevederile art. 2 din Convenţia Europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale.

(*Hotărârea Marii Camere din 24 octombrie 2002, în cauza Mastromatteo contra Italiei*).

Dreptul la viaţă. Dreptul statelor de a controla, prin intermediul dreptului penal, activităţile care prejudiciază viaţa şi securitatea celorlalţi. Interzicerea ajutorului acordat la sinucidere.

În fapt, D.P., resortisantă britanică, era condamnată să moară în scurtă vreme din cauza unei boli neurodegenerative incurabile, fiind paralizată de la gât până la picioare, având însă intacte facultăţile intelectuale şi capacitatea de decizie.

În condiţiile în care această boală, în faza sa terminală, implică suferinţă şi pierderea demnităţii,

numita D.P. a dorit să-şi aleagă ea însăşi momentul şi modalităţile morţii pentru a nu avea de îndurat aceste încercări.

În dreptul englez sinuciderea nu este considerată o infracţiune, însă boala petiţionarei o împiedica să comită acest act fără ajutor. Or, potrivit unei legi din 1961 se consideră că este infracţiune faptul de a ajuta pe altcineva să-şi pună capăt zilelor. Ca atare, numita D.P. a cerut Directorului Procuraturii Publice (Director of Public Prosecutions) să-şi ia angajamentul că nu-l va urmări pe soţul său care o va asista la actul de punere capăt a zilelor sale. Această cerere a fost refuzată şi de asemenea şi recursurile făcute.

Numita D.P. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, invocând prevederile art. 2 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului şi susţinând că orice om este în drept să decidă dacă vrea sau nu să trăiască şi că, drept corolar al dreptului la viaţă, dreptul de a muri este de asemenea garantat. În consecinţă statul ar fi avut obligaţia pozitivă de a amenda dreptul intern în scopul de a i se permite să-şi exercite această facultate. Petiţionara a invocat şi prevederile art. 3 din Convenţie, afirmând că statul britanic nu numai că trebuie să se abţină să aplice el însuşi tratamentele inumane şi degradante, ci trebuie să ia şi măsuri pozitive pentru a feri persoanele care ţin de jurisdicţia sa de asemenea tratamente. Or, în această privinţă singura măsură care ar putea să o protejeze pe petiţionară ar fi un angajament al Directorului Procuraturii Publice să nu-l urmărească pe soţul ei pentru că a ajutat-o să se sinucidă.

Petiţionara a mai invocat şi prevederile art. 8 şi 9 din Convenţie prin care, în opinia sa, se recunoaşte în mod explicit dreptul la autodeterminare, iar refuzul Directorului Procuraturii Publice de a-şi lua angajamentul

solicitat de ea, în lipsa unor dispoziţii legale care să autorizeze sinuciderea asistată, reprezintă o atingere adusă dreptului său de a-şi exprima convingerile.

În sfârşit, petiţionara a mai invocat şi prevederile art. 14 din Convenţie, susţinând că interdicţia generală care loveşte sinuciderea asistată duce după sine o discriminare cu privire la persoanele care nu se pot sinucide singure fără ajutor, din moment ce indivizii îşi pot exercita în mod legal dreptul de a muri.

Examinând acţiunea formulată de petiţionara D.P., Curtea a considerat că petiţia în ansamblul ei ridică probleme de drept suficient de serioase care nu pot fi rezolvate decât ca urmare a unei examinări a fondului învinuirilor, fiind reţinute următoarele:

a) prima frază a art. 2 paragraful 1 din Convenţie impune statului nu numai să se abţină de a provoca moartea intenţionat şi în mod ilegal, dar şi să ia măsurile necesare pentru protecţia vieţii persoanelor care ţin de jurisdicţia sa. Această obligaţie poate de asemenea să implice, în anumite circumstanţe bine definite, o obligaţie pozitivă pentru autorităţi de a lua măsuri de ordin practic pentru a-l proteja pe individul a cărui viaţă este ameninţată de acţiunile criminale ale altcuiva.

În jurisprudenţa sa în materie, Curtea, replicând la cele de mai sus, a subliniat că ea a pus, în mod constant, accentul pe „obligaţia statului de a proteja viaţa”, ca atare prevederile art. 2 din Convenţie nu ar putea fi interpretate într-un mod distorsionat, în sensul că ar conferi, în mod corelativ, de a muri, şi cu atât mai mult cu cât nu poate crea un drept la autodeterminare în sensul că s-ar conferi fiecărui individ dreptul de a alege mai degrabă moartea decât viaţa. În consecinţă, nu se poate deduce din art. 2 din Convenţie un drept de a muri, fie de mâna unui terţ, fie cu asistenţa unei

autorităţi publice. Deci, în speţă, nu a avut loc o violare a acestor dispoziţii;

b) în ceea ce priveşte art. 3 din Convenţie, Curtea pune în evidenţă faptul că guvernul nu a aplicat petiţionarei nici cel mai minor rău tratament, petiţionara neputându-se plânge nici că nu ar fi primit îngrijirile adecvate din partea autorităţilor medicale ale statului. Interpretarea petiţionarei, în sensul că refuzul organelor competente ale statului de a nu-l urmări pe soţul ei care ar ajuta-o să se sinucidă, precum şi prohibiţia (interzicerea) sinuciderii asistate proclamate de dreptul penal ar constitui împreună un tratament inuman şi degradant de care statul s-ar face vinovat, este o interpretare largă a noţiunii de „tratament" care nu este corespunzătoare întrucât Curtea, într-adevăr, trebuie să adopte un demers suplu şi dinamic în interpretarea Convenţiei, dar, în acelaşi timp, aceasta trebuie să cadreze cu obiectivele fundamentale urmărite de Convenţie şi să păstreze coerenţa pe care Convenţia trebuie să o aibă în calitate de sistem de protecţie a drepturilor omului. Deci, art. 3 din Convenţie trebuie interpretat în armonie cu art. 2, acesta din urmă consacrând mai întâi de toate o interzicere a recurgerii la forţă ca şi interzicerea oricărui comportament care ar putea provoca decesul unei fiinţe umane şi nu conferă în nici un fel individului un drept de a pretinde statului să-i permită sau să-i faciliteze decesul. Curtea subliniază sentimentul de simpatie şi înţelegerea faţă de teama petiţionarei de a trebui să înfrunte o moarte penibilă, dacă nu i se dă posibilitatea de a-şi pune capăt zilelor. Dar, aceasta nu înseamnă a se admite că ar exista o obligaţie pozitivă care, în concepţia petiţionarei, ar apăsa asupra statului, întrucât aceasta ar însemna ca statul să-şi dea girul pentru nişte acte prin care se urmăreşte întreruperea vieţii, obligaţie care nu poate fi dedusă din art. 3 al Convenţiei. În

consecinţă prevederile art. 3 din Convenţie nu au fost încălcate;

c) în ceea ce priveşte prevederile art. 8 paragraful 1 din Convenţie, referitoare la respectarea vieţii private a persoanei, faptul că petiţionara este împiedicată prin lege să-şi exercite alegerea de a evita ceea ce, în ochii săi, ar constitui un sfârşit de viaţă nedemn şi penibil, nu exclude, într-adevăr, că aceasta ar reprezenta o atingere adusă dreptului celei interesate la respectarea vieţii sale private, în sensul art. 8 paragraful 1. Dar, pentru ca aceste prevederi să se concilieze cu cele ale art. 2 din Convenţie, o ingerinţă în exercitarea unui drept garantat de aceasta „trebuie să fie prevăzută prin lege" şi să fie inspirată de unul sau mai multe scopuri legitime potrivit acestui paragraf, de asemenea „este necesară, într-o societate democratică", în urmărirea acelui scop sau scopuri.

Curtea consideră că statele au dreptul de a controla, prin intermediul aplicării dreptului penal general, activităţile care prejudiciază viaţa şi securitatea celorlalţi. Dispoziţia legală incriminată, în speţă, şi anume art. 2 din legea engleză din 1961, a fost concepută tocmai pentru a se ocroti viaţa, protejând persoanele slabe şi vulnerabile - în special pe cele care nu sunt în măsură să ia decizii în cunoştinţă de cauză - împotriva actelor ce urmăresc să le pună capăt vieţii sau să ajute la a le pune capăt vieţii. Ca atare, Curtea estimează că natura generală a interzicerii sinuciderii asistate nu este disproporţionată. Mai mult decât atâta, în felul acesta este instituită o anumită supleţe a sistemului sancţionatoriu, urmările neputând fi întreprinse decât cu acordul Directorului Procuraturii Publice, şi nefiind prevăzută decât o pedeapsă maximală, ceea ce i-ar permite judecătorului să pronunţe pedepse mai puţin severe acolo unde consideră că este cazul. În consecinţă, Curtea a considerat că nu

este arbitrar ca să fie interzisă sinuciderea asistată, prevăzându-se, în acelaşi timp, un regim de aplicare al pedepsei şi de apreciere a justiţiei care permite să fie luat în calcul, în fiecare caz concret, atât interesul public de a întreprinde urmăriri în această materie, cât şi cerinţele juste şi adecvate ale retribuirii şi descurajării.

Deci, nu există nimic disproporţionat în refuzul Directorului Procuraturii Publice de a-şi lua anticipat angajamentul de a-l exonera de orice urmărire pe soţul petiţionarei, existând puternice argumente deduse din principiile generale ale dreptului care se opun oricărei pretenţii de a se sustrage indivizi sau categorii de indivizi de la aplicarea legii. Oricum, dată fiind gravitatea actului pentru care se cere imunitatea, refuzul Directorului Procuraturii Publice de a-şi lua angajamentul solicitat nu poate fi considerat arbitrar sau iraţional.

Ingerinţa statului poate trece drept justificată, ca fiind „ necesară într-o societate democratică”, pentru protejarea drepturilor celorlalţi. Prin urmare s-a considerat că, în speţă, nu a avut loc nici o încălcare a prevederilor art. 8 paragraful 1 din Convenţie;

d) în ceea ce priveşte susţinerea încălcării prevederilor art. 9 paragraful 1 din Convenţie, referitoare la libertatea de gândire, de conştiinţă şi de religie, Curtea a reţinut că învinuirile aduse de petiţionară nu se raportează la vreo formă de manifestare a vreunei religii sau a unei convingeri legate de cu cult, de învăţământ, de practici sau de îndeplinirea unor rituri în sensul celei de-a doua fraze a paragrafului 1 din art. 9. Deşi argumentele petiţionarei reflectă aderarea sa la principiul autonomiei personale, ele nu constituie decât o reformulare a acuzaţiei formulate în baza art. 8. În consecinţă, se consideră că nu au fost încălcate, în speţă, prevederile art. 9 din Convenţie;

e) referitor la eventuala încălcare a prevederilor art. 14 din Convenţie, referitoare la „interzicerea discriminării”, Curtea face observaţia că există o justificare obiectivă şi rezonabilă privind lipsa unei distincţii juridice între persoanele care sunt fiziceşte capabile să se sinucidă fără nici un ajutor şi cele care nu o pot face singure. O delimitare între aceste două categorii ar fi adesea foarte îngustă, iar a încerca să se înscrie în lege o excepţie referitoare la persoanele considerate a nu fi capabile să se sinucidă ar zgudui serios protecţia vieţii, pe care legea engleză din 1961 a înţeles să o consacre, şi ar spori în mod semnificativ riscul unor abuzuri. În consecinţă, s-a ajuns la concluzia că nu au fost încălcate prevederile art. 14 din Convenţie.

Pentru toate aceste motive, acţiunea introdusă se petiţionara D.P. a fost respinsă.

(*Hotărârea CEDO, secţia IV, din 29 aprilie 2002, în cauza Pretty contra Regatului Unit*).

Dreptul la viaţă. Moartea ca rezultat al recurgerii la forţă. Condiţii de exceptare de la aplicarea art. 2 din Convenţia europeană.

În fapt, autorităţile britanice, spaniole şi gilbraltariene au fost informate că IRA a proiectat un atentat terorist cu ajutorul unui automobil capcană, explozia urmând a se declanşa probabil prin telecomandă. În consecinţă s-a avut în vedere arestarea membrilor comandoului de îndată ce acesta s-ar fi introdus pe teritoriul Gibraltarului, ceea ce ar fi permis adunarea de probe în perspectiva unui proces.

S-a considerat că membrii comandoului sunt terorişti periculoşi care vor fi, foarte probabil, înarmaţi şi care în caz de confruntare cu forţele de securitate vor fi gata să-şi folosească armele sau să declanşeze bomba.

În după amiaza zilei de 6 martie 1988, numitul S.S. este observat în timp ce parca o maşină în Gibraltar, iar mai târziu este văzut în compania lui D. McCann şi M. Farell, supraveghind locul unde este parcată maşina. După ce cei trei s-au îndepărtat de vehicul, un artificier, la capătul unui examen sumar, declară că poate fi vorba de un automobil capcană şi, ca atare, se hotărăşte arestarea celor trei suspecţi, agenţii în civil ai forţelor speciale rămânând în apropriere, în această perspectivă, iar Prefectul poliţiei din Gibraltar încredinţează controlul operaţiunii comandantului lor.

D. McCann şi M.F. se separă de S.S., iar doi militari pornesc în urmărirea lor. În momentul în care D. McCann se întoarce, unul dintre militari scoate arma şi îi ordonă să se oprească. D. McCann şi-a dus mâna la şold, iar M.F. face o mişcare bruscă spre sacoşa ei. Crezând că şi unul, cât şi celălalt vor apăsa pe telecomandă, pentru a face ca automobilul capcană să explodeze, militarii au tras numeroase focuri de aproape, omorându-i pe cei doi suspecţi.

S.S., la rândul său, este urmărit de alţi doi militari, iar atunci când au izbucnit împuşcăturile, S.S. se întoarce brusc pentru a face faţă urmăritorilor, unul dintre aceştia ordonându-i să se oprească, scoţând şi arma. S.S. duce mâna la şold, şi militarii temându-se că acesta încearcă să atingă telecomanda au tras numeroase focuri din apropriere omorându-l pe S.S.

Asupra corpurilor celor trei suspecţi nu s-au găsit nici arme şi nici detonator. De asemenea, s-a dovedit că automobilul parcat de S.S. nu conţine

nici material explozibil şi nici bombă. Totuşi, un alt vehicul, descoperit ulterior de poliţia spaniolă la Marbella conţinea un aparat explozibil cu 66 kg semtex, în mijlocul a 200 de cartuşe cu două ceasuri electrice minutare, acest automobil fiind închiriat de M.F. sub un nume fals.

La 6 septembrie 1988, şeful poliţiei judiciare din Gibraltar a deschis o anchetă în legătură cu împuşcarea celor trei, juriul pronunţându-se în sensul legalităţii omuciderilor.

Nemulţumiţi de acest verdict, doamna M.McCann, D. Farell şi J.S. au introdus acţiuni la High Court of Justice din Irlanda de Nord împotriva Ministerului Apărării, acţiunile lor fiind însă radiate de pe rol.

Petiţionarii s-au adresat Curţii Europene, plângându-se de faptul că moartea prin împuşcare a rudelor lor constituie o violare a art. 2 din Convenţia europeană care protejează dreptul la viaţă.

Având de soluţionat această cauză, Curtea a reţinut următoarele:

a) excepţiile definite la paragraful 2 al art. 2 din Convenţie vizează cazuri în care moartea a fost provocată în mod intenţionat, însă acesta nu este singurul său obiectiv, textul art. 2, luat în ansamblu, demonstrează că paragraful 2 nu defineşte în primul rând „situaţiile în care se permite provocarea morţii în mod intenţionat, ci descrie acele situaţii în care este posibil să se recurgă la forţă”, ceea ce poate să ducă la producerea morţii în mod involuntar. Recurgerea la forţă trebuie să fie „absolut necesară” pentru a se atinge unul din următoarele obiective: asigurarea apărării oricărei persoane împotriva violenţei ilegale; efectuarea unei arestări legale sau împiedicarea evadării unei persoane deţinute şi

reprimarea, conform legii, a unei tulburări violente sau o insurecţie;

b) Curtea trebuie să examineze, într-un mod extrem de atent, cazurile în care se provoacă moartea, dacă se folosesc în mod deliberat mijloace mortale, luând în considerare nu numai actele agenţiilor de stat, ci şi circumstanţele cazului, îndeosebi pregătirea şi controlul actelor în cauză;

c) art. 2 din Constituţia Gibraltarului se aseamănă cu art. 2 al Convenţiei europene pentru apărarea drepturilor omului, cu excepţia că recurgerea la forţă care antrenează moartea trebuie să fie „rezonabil justificată" (art. 2 din Constituţia Gibraltarului) şi „absolut necesară" (art. 2 din Convenţia europeană). Dar, această diferenţiere dintre texte nu este totuşi suficient de importantă pentru a conchide cu privire la încălcarea art. 2 paragraful 1 din Convenţie;

d) o lege care interzice, de manieră generală, orice omucidere arbitrară ar fi ineficientă în practică dacă nu ar exista o procedură care să permită controlul legalităţii recurgerii la mijloace mortale de către autorităţile statului, obligaţia de a se proteja dreptul la viaţă implicând efectuarea unei forme de anchetă eficiente când recurgerea la forţă a altor agenţii de stat a dus la moarte de om; or, în speţă a existat o anchetă judiciară în cursul căreia petiţionarii au beneficiat de reprezentare în justiţie, fiind depuse şi 79 de mărturii. Mai mult avocaţii petiţionarilor au fost în măsură să interogheze şi să reinterogheze martorii cheie, mai ales militarii şi poliţiştii care au participat la pregătirea şi la conducerea operaţiunii antiteroriste, şi să-şi prezinte cum doreau argumentele în cursul procedurii. Diferitele carenţe ale anchetei judiciare nu au împiedicat, în mod serios, să se procedeze la o examinare completă, imparţială şi aprofundată. Ca atare, nu a existat o

încălcare a art. 2 paragraful 1 din Convenţie pentru acest motiv.

În continuare, Curtea, aplicând prevederile art. 2 din Convenţie la circumstanţele speţei, a luat în considerare trei aspecte:

- *primul aspect: metoda generală de evaluare a mărturiilor*. Stabilirea şi verificarea faptelor revine, în primul rând Comisiei, în speţă constatările acesteia fiind exacte şi fiabile. În acelaşi timp însă, Curtea trebuie, şi ea, să aprecieze dacă faptele pun în evidenţă o violare a art. 2, ceea ce nu înseamnă evaluarea răspunderii penale a persoanelor implicate, direct sau indirect;

- *al doilea aspect: susţinerea petiţionarilor conform căreia omuciderile erau premeditate*. Curtea a respins ca nefondată această susţinere, nefiind stabilit că la cel mai înalt nivel al comandamentului din cadrul Ministerului Apărării sau al guvernului ar fi existat un plan care să vizeze executarea suspecţilor şi nici că militarii implicaţi ar fi fost incitaţi de către superiorii lor să omoare suspecţii sau că au primit instrucţiuni în acest sens, nici că militarii înşişi nu au hotărât să ucidă. Cu atât mai mult nu s-a dovedit că autorităţile ar fi încurajat sau dat indicaţii aluzive care să meargă în sensul eliminării suspecţilor;

- *al treilea aspect: pregătirea şi conducerea operaţiei*. Curtea a trebuit să ţină cont de dilema în care se aflau autorităţile: pe de-o parte, să protejeze viaţa populaţiei din Gibraltar, iar, pe de altă parte, să reducă la minim folosirea mijloacelor mortale. S-a mai ţinut seama şi de faptul că autorităţile aveau de-a face cu membrii IRA care erau deja condamnaţi pentru atentate cu bombe, precum şi cu un expert notoriu în explozive. Autorităţile trebuiau totuşi să-şi stabilească strategia bazându-se pe diverse ipoteze chiar

imperfecte. Curtea mai trebuia să examineze foarte atent nu numai dacă forţa utilizată era strict proporţională cu protejarea vieţii, ci în egală măsură dacă operaţiunea a fost pregătită şi controlată în aşa fel încât să se reducă la minim, în limita posibilului, recurgerea la mijloace mortale.

În ceea ce priveşte acţiunile militarilor, Curtea a admis că aceştia credeau, pe bună dreptate, că trebuie să tragă în suspecţi pentru a-i împiedica să declanşeze bomba şi să provoace astfel importante pierderi de vieţi omeneşti. Recurgerea la forţă, definită de art. 2 din Convenţie, se poate justifica când se bazează pe o convingere cinstită, considerată, pentru motive bine întemeiate, ca valabilă, dar care se dovedeşte ulterior a fi greşită. Avându-se în vedere dilema în faţa căreia se găseau autorităţile, actele militarilor nu pot fi considerate ca fiind suficiente, prin ele însele, să încalce această dispoziţie.

Referitor la organizarea şi controlul operaţiei, Curtea şi-a pus întrebarea de ce suspecţii nu au fost arestaţi la frontieră şi nici nu s-a hotărât împiedicarea lor de a intra în Gibraltar, din moment ce se credea că ei pregătesc un atentat cu bombă. De asemenea, s-a reţinut că nu s-a ţinut suficient cont de posibilitatea ca evaluarea serviciilor de informaţii să fie greşite, de exemplu, suspecţii s-ar fi putut afla în misiune de recunoaştere, când puteau fi puţin pregătiţi să declanşeze bomba, în timp ce doi dintre ei se îndreptau spre zona de frontieră, sau chiar de a fi pus emiţătorul în stare de funcţiune dinainte, în scopul de a putea face să explodeze presupusa bombă. În plus, era prea simplist să anunţi că dispozitivul de declanşare putea fi acţionat printr-o simplă apăsare pe buton.

Elementele de mai sus - împreună cu faptul că prezenţa unui automobil capcană putând să explodeze la o simplă apăsare pe un buton fusese anunţată ca sigură - înseamnă că militarilor le-au fost prezentate drept certitudini o serie de ipoteze de lucru, făcând astfel aproape inevitabilă recurgerea la mijloace mortale. Între altele, militarii erau antrenaţi să tragă până când urma moartea. Prin urmare, autorităţile trebuiau, prin însăşi obligaţia de a respecta viaţa, să evalueze cu cea mai mare prudenţă informaţiile înainte de a le transmite unor soldaţi care folosesc în mod automat armele pentru a ucide. Un asemenea act reflex nu a fost, aşadar, îndeplinit cu toate precauţiile în manevrarea armelor de foc, care era de dorit să fie aşteptat din partea unor persoane responsabile de aplicarea legilor într-o societate democratică, chiar şi atunci când este vorba de terorişti periculoşi. Or, aceasta arată o lipsă de precauţie în organizarea şi controlul operaţiunii de arestare.

În concluzie, Curtea nu s-a declarat convinsă că moartea celor trei terorişti a rezultat din „recurgerea la forţă, devenită absolut necesară, pentru a se asigura apărarea altor persoane împotriva unei violenţe ilegale, deci, în speţă, s-au încălcat prevederile art. 2 din Convenţia europeană pentru apărarea dreptului la viaţă.

În baza art. 50 din Convenţie s-a respins, totuşi, acordarea unor despăgubiri, deoarece cei trei suspecţi împuşcaţi aveau intenţia să depună o bombă în Gibraltar.

(*Hotărârea Marii Camere din 27 septembrie 1995, în cauza McCann şi alţii contra Regatului Unit*).

Dreptul la viaţă. Moarte rezultată ca urmare a efectuării unei arestări legale. Condiţii de exceptare a acestei situaţii de la aplicarea art. 2 din Convenţia europeană.

În fapt, F.A., resortisant turc, la ordinul poliţiei, a deschis uşa locuinţei sale pentru a permite o percheziţie ce urma a fi efectuată de cinci membrii ai forţelor de securitate. La cererea unuia dintre aceştia, L.A. l-a chemat pe fiul său M. care a adus cartea de identitate a lui F.A. Unul din membrii forţelor de securitate a luat cartea de identitate, a privit-o, a aruncat-o pe jos şi a început să tragă în M. cu o armă automată. F.A. imobilizat şi el a fost dus într-o altă cameră, fiind apoi autorizat să meargă în camera în care se găsea corpul fiului său, acolo aflându-se o armă automată şi nişte încărcătoare.

Pe pereţii încăperii se vedeau urme de gloanţe, iar de la fiul său fuseseră luaţi 5000 de mărci germane şi un inel.

F.A. afirmă că la faţa locului a venit procurorul însoţit de un medic, cu această ocazie fiind înregistrată declaraţia sa şi a unui alt fiu S. şi a soţiei lui M., numita S.

La o dată ulterioară F.A. a depus o plângere la procurorul general din S. şi l-a întâlnit pe procuror de la care a aflat că dosarul său urmează să fie trimis la Curtea siguranţei statului din D., neluând la cunoştinţă despre deschiderea unei anchete cu privire la incident.

F.A. s-a adresat Curţii, afirmând în esenţă că fiul său a fost ucis ilegal de către forţele de securitate, cu violarea prevederilor art. 2 din Convenţia europeană. Au mai fost invocate şi prevederile art. 6, 8, 13, 14 şi 18 din Convenţie.

Părţile litigante nu au ajuns la o reglementare pe cale amiabilă, însă guvernul turc a făcut o declaraţie prin care deplânge decesul lui M., în urma unei recurgeri excesive la forţă, în contradicţie cu legislaţia în vigoare din Turcia şi a hotărârii statului de a preveni pe viitor astfel de fapte. Guvernul turc a admis că o recurgere excesivă sau disproporţionată la forţă, conducând la moarte, constituie o violare a art. 2 din Convenţie şi se angajează să emită instrucţiuni adecvate şi să adopte toate măsurile necesare pentru a se asigura în viitor respectarea dreptului la viaţă, inclusiv obligaţia de a face anchete efective. Guvernul s-a mai angajat să achite petiţionarului, cu titlu graţios, suma de 85000 lire sterline.

În consecinţă, Curtea, după o examinare atentă a termenilor declaraţiei şi ţinând seama de impactul diferitelor angajamente luate, precum şi de suma propusă drept despăgubiri, a considerat că nu se mai justifică o continuare a examinării petiţiei, dispunând radierea cauzei de pe rol, aşa cum se prevede la art. 37 al Convenţiei.

(*Hotărârea CEDO din 26 iunie 2001, în cauza AKman contra Turciei*).

Dreptul la viaţă. Moarte survenită ca urmare a reprimării unei manifestări neautorizate. Condiţii de admitere a acestei exceptări de la aplicarea art. 2 din Constituţie.

În fapt, fiul lui H.G., resortisant turc, a participat la o manifestare care îi opunea pe participanţi forţelor de ordine, ocazie cu care fiul acestuia şi o altă persoană au fost ucise, alte 12 persoane fiind rănite.

H.G., tatăl victimei, a depus o plângere, la procurorul republicii din I, împotriva lui X şi a comandantului forţelor de ordine, afirmând că fiul său a fost ucis de forţele de ordine, care au tras asupra manifestanţilor pentru a-i împrăştia.

Cazul a fost deferit Consiliului administrativ al departamentului Ş, în conformitate cu legea care reglementează urmărirea judiciară a funcţionarilor. Acest consiliu emiţând o ordonanţă de încetare a urmăririi, pe motivul că moartea victimei a survenit în cursul unei înfruntări între manifestanţi şi forţele de ordine şi că este imposibil să fie identificaţi vinovaţii.

Această ordonanţă nu a fost adusă la cunoştinţa petiţionarului.

Sesizat din oficiu, Consiliul de Stat (din Turcia) a confirmat ordonanţa de încetare a urmăririi, făcându-se precizarea imposibilităţii întreprinderii unei urmăriri judiciare împotriva unor funcţionari dacă identitatea celor vinovaţi şi statutul lor de funcţionari nu se poate stabili.

Peste doi ani, petiţionarul s-a interesat la autorităţi despre soarta petiţiei sale, primind o scrisoare de la Prefectura din Ş, prin care i s-a comunicat o copie a ordonanţei de încetare a urmăririi, precum şi o copie a hotărârii Consiliului de Stat.

Petiţionarul s-a adresat Comisiei Europene arătând că moartea fiului său a fost provocată de gloanţele trase de forţele de ordine în cursul unei manifestaţii şi făcând cunoscut faptul că se află în imposibilitate de a face o plângere jurisdicţiilor penale, invocând ca temei al acţiunii sale încălcarea art. 2 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

Guvernul turc a ridicat excepţia neepuizării căilor de acţionare interne, iar petiţionarul nu a

solicitat plata unor despăgubiri în faţa tribunalului administrativ competent.

Această excepţie, ridicată pentru prima dată în faţa Curţii, a fost respinsă pe motiv de prescriere.

Cu privire la fond, şi mai înainte de toate, Curtea a făcut sublinierea că stabilirea şi verificarea faptelor revine în primul rând Comisiei. În speţă, dosarul cauzei nu a pus în evidenţă vreun element de natură a repune în discuţie stabilirea faptelor care figurau în raportul Comisiei, fiind vorba de o manifestaţie care a fost departe de a fi paşnică, pagubele produse unor bunuri mobile şi imobile ale oraşului, precum şi rănile suferite de unii jandarmi constituind dovezi în acest sens. Faţă de aceste acte de violenţă, în mod cert grave, forţele de ordine prezente la faţa locului, în număr insuficient, au făcut apel la întăriturі, fiind utilizate cel puţin două blindate. Conducătorul dispozitivului a afirmat că s-au tras în aer focuri de armă, însă mai mulţi martori, printre care şi notabilităţi locale, au afirmat, dimpotrivă, că tirurile au fost îndreptate împotriva mulţimii, această susţinere având şi o bază solidă constând în faptul că aproape toţi manifestanţii răniţi au fost atinşi la membrele inferioare, ceea ce înseamnă că gloanţele au ricoşat ele având o traiectorie descendentă, putând fi trase din turela unui vehicul blindat.

Ţinând seamă de aceste elemente, Curtea a făcut sublinierea că utilizarea forţei poate fi justificată, în temeiul art. 2 paragraful 2 lit. c din Convenţia europeană, dar trebuie să existe un echilibru între scop şi mijloacele folosite.

Or, în speţă, jandarmii au utilizat o armă de mare calibru deoarece se pare că nu dispuneau nici de bastoane, nu aveau nici scuturi, tunuri cu apă, gloanţe de cauciuc sau gaze lacrimogene. Această lipsă este cu atât mai puţin de înţeles şi de acceptat, cu cât departamentul Ş. se află, aşa cum

însăşi guvernul turc recunoaşte, într-o regiune supusă stării de urgenţă unde, în perioada faptelor respective, producerea de evenimente era de aşteptat.

Curtea a mai reţinut că nu este vorba nici de prezenţa unor terorişti înarmaţi în rândurile mulţimii, lucru recunoscut chiar de guvernul turc, aceasta întrucât nici un jandarm nu a fost rănit de o armă de foc, nefiind găsite la faţa locului nici o armă şi nici vreun cartuş golit.

În concluzie, Curtea consideră că forţa utilizată pentru a-i dispersa pe manifestanţi şi care a provocat moartea fiului petiţionarului „nu era absolut necesară", în sensul prevederilor art. 2 din Convenţia europeană.

În legătură cu ancheta întreprinsă de autorităţi, Curtea subliniază că art. 2 din Convenţie implică şi cere explicit efectuarea unei anchete oficiale eficace, atunci când recurgerea la forţă a agenţilor statului a atras după sine moartea unei persoane. Interdicţia legală, de natură generală, pe care acest text o instituie de a nu se proceda la omucideri arbitrare de către agenţii statului ar fi, practic ineficace, dacă nu ar exista o procedură care să permită controlul legalităţii recurgerii la forţă de către autorităţi, cu putere ucigătoare, obligându-le să dea socoteală de acţiunile lor. În consecinţă, Curtea a respins teza guvernului turc potrivit căreia responsabilitatea pentru decesul fiului petiţionarului ar fi revenit organizaţiei teroriste PKK. Ofiţerii instructori însărcinaţi cu ancheta par a nu se fi îndoit de versiunea furnizată de jandarmerie, nepreocupându-se de interogarea unor martori cheie: ofiţerul dispozitivului de jandarmi şi o persoană aflată lângă fiul petiţionarului în momentul când acesta a fost lovit de glonţul ucigaş.

S-a constatat, într-adevăr, că incidentele mortale reprezintă situaţii curente în sud-estul

Turciei, din cauza lipsei de siguranţă care domneşte acolo, dar, cu toate acestea, nici frecvenţa unor conflicte armate violente, nici numărul mare de victime nu pot fi considerate ca având vreo incidenţă asupra obligaţiei derivând din prevederile art. 2 din Convenţie, de a efectua o anchetă eficientă şi independentă asupra deceselor survenite cu ocazia unor înfruntări cu forţele de ordine în cursul unei manifestaţii oricât de ilegală ar fi aceasta.

În aceste condiţii, Curtea a ajuns la concluzia că nu s-a desfăşurat, în speţă, o anchetă aprofundată de organe independente, iar petiţionarul nu a participat la desfăşurarea ei, neprimind nici notificarea ordonanţei de încetare a urmăririi. În plus, s-a recurs la folosirea unei forţe disproporţionate. În felul acesta au fost încălcate prevederile art. 2 din Convenţia europeană

(*Hotărârea CEDO din 27 iulie 1998, în cauza Gülec contra Turciei*)

Integritatea fizică şi psihică a persoanei. Tratament medical. Vaccinare obligatorie.

Un tratament medical impus, cum ar fi vaccinarea obligatorie, este o ingerinţă în dreptul la respectarea vieţii private, a cărei sferă cuprinde integritatea fizică şi psihică a unei persoane, în sensul prevederilor art. 8 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

(*Hotărârea CEDO din 9 iulie 2002, în cauza Salvetti contra Italiei*).

Capitolul X: Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată

1. Printre drepturile fundamentale ale omului un loc important îl ocupă „drepturile personalităţii" care sunt prerogative inerente fiinţei umane şi care pot fi clasificate în două mari categorii: drepturi care privesc protecţia corpului uman (dreptul la viaţă, sănătate şi integritate fizică şi psihică) şi drepturi care ocrotesc valorile morale ale omului (dreptul la demnitate, la propria imagine, la onoare, la respectarea vieţii private).

Atingerea drepturilor personalităţii antrenează, de regulă, un prejudiciu nepatrimonial, însă, în anumite condiţii, răspunderea pentru prejudicii de asemenea natură pot atrage şi răspunderea patrimonială a celor găsiţi vinovaţi de încălcările respective, chiar dacă acestea nu au un caracter economic evident (daunele patrimoniale, când s-au produs şi consecinţe de acest gen şi daunele morale).

În ceea ce priveşte „dreptul la viaţa intimă, familială şi privată" avem de-a face cu trei componente: respectarea vieţii familiale, protecţia intimităţii relaţiilor personale şi protecţia vieţii private; acestea neputând fi definite cu precizie întrucât se intersectează, se suprapun sau se completează una pe cealaltă (aflându-se în relaţii de complementaritate).

Respectul vieţii de familie impune societăţii (reprezentate prin stat) obligaţia de a acţiona astfel încât să permită celor interesaţi să ducă o viaţă familială normală şi de a dezvolta relaţii în cadrul acesteia. Viaţa de familie acoperă relaţiile dintre

soţi, dintre părinţi şi copii, dintre fraţi, dintre bunici şi nepoţi, dintre cei adoptaţi şi adoptatori.

Intimitatea relaţiilor personale constituie cadrul clasic al protecţiei vieţii private. Protecţia vieţii private, în cadrul intimităţii personale, se referă în special la integritatea morală a persoanei, fără însă să se înţeleagă că prin aceasta s-ar aduce, în mod necesar doar o atingere adusă respectării vieţii private.

Noţiunea de „viaţă privată” are un conţinut diferit în funcţie de societatea în care individul trăieşte sau grupul social căruia acesta îi aparţine. În literatura de specialitate se face sublinierea că noţiunea de „viaţă privată” cuprinde în primul rând dreptul persoanei la viaţa privată intimă, personală, dreptul acesteia la viaţă privată, socială şi dreptul persoanei la un mediu înconjurător sănătos.

Problematica legată de dreptul la viaţa intimă, familială şi privată va rezulta atât din reglementările în materie (internaţionale, europene şi naţionale), cât şi din jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului sau, după caz, a instanţelor judecătoreşti din România.

2. În ceea ce priveşte reglementările în materie:

a) În Convenţia internaţională cu privire la drepturile civile şi politice, adoptată de Adunarea generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite, la 16 decembrie 1966, la art. 17 sunt prevăzute următoarele:

„ (1) Nimeni nu va putea fi supus vreunor imixtiuni arbitrare sau ilegale în viaţa particulară, în familia, domiciliul sau corespondenţa sa, nici la atingeri ilegale aduse onoarei şi reputaţiei sale.

(2) Orice persoană are drept la protecţia legii împotriva unor asemenea imixtiuni sau atingeri;

b) În Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, la art. 8 sunt prevăzute următoarele:

„ (1) Orice persoană are dreptul la respectarea vieţii sale private şi de familie, a domiciliului şi a corespondenţei sale.

(2) Nu este admisă ingerinţa unei autorităţi publice în exercitarea acestui drept decât dacă aceasta este prevăzută de lege şi constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea naţională, siguranţa publică, bunăstarea economică a ţării, apărarea ordinii şi prevenirea faptelor penale, protecţia sănătăţii, a moralei, a drepturilor şi libertăţilor altora".

c) În România sunt adoptate, în această privinţă, atât dispoziţii constituţionale, cât şi în legile organice.

În *Constituţia României*, la art. 26 sunt prevăzute următoarele:

„(1) Autorităţile publice respectă şi ocrotesc viaţa intimă, familială şi privată.

(2) Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însăşi, dacă nu încalcă drepturile şi libertăţile altora, ordinea publică şi bunele moravuri".

În *noul Cod civil român*, la art. 71, sunt prevăzute următoarele:

„(1) Orice persoană are dreptul la respectarea vieţii sale private.

(2) Nimeni nu poate fi supus vreunor imixtiuni în viaţa intimă, personală sau de familie, nici în domiciliul său, reşedinţa sau corespondenţa sa, fără consimţământul său ori fără respectarea limitelor prevăzute la art. 75 (potrivit acestui text nu constituie o încălcare a acestor drepturi atingerile care sunt permise de lege sau convenţiile şi pactele internaţionale privitoare la drepturile omului).

(3) Este, de asemenea, interzisă utilizarea, în orice mod, a corespondenţei, manuscriselor sau altor documente personale, precum şi a informaţiilor din viaţa privată a unei persoane, fără acordul acesteia ori fără respectarea limitelor prevăzute la art. 75".

Deci, în Constituţia României este consacrat principiul „respectării şi ocrotirii vieţii intime, personale sau de familie, şi vieţii private", această ocrotire nefiind limitată decât în cazurile prevăzute de art. 75 din noul Cod civil român potrivit căruia nu constituie o încălcare a acestor drepturi acele atingeri (imixtiuni) permise de lege sau convenţiile şi pactele internaţionale privitoare la drepturile omului, la care România este parte.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a dezvoltat o jurisprudenţă amplă şi variată în legătură cu respectarea şi ocrotirea acestui drept la viaţa privată, pe care o vom prezenta în continuare, ele referindu-se la: datele personale, numele şi prenumele, imaginea, locul de muncă, violenţele sexuale, homosexualitatea, transsexualismul, domiciliul privat, domiciliul profesional, corespondenţa poştală şi telefonul.

1. *Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată. Datele personale. Refuzul de a se da acces deplin la dosarul său unei persoane luate în îngrijire în timpul copilăriei de către serviciile sociale*.

În fapt, numitul G.G., cetăţean britanic, a fost luat, la decesul mamei sale, în îngrijire socială, de către primăria din Liverpool, trăind la diverşi părinţi adoptivi până la majoratul său. El susţine că a fost maltratat în acest interval de timp şi că ar

dori să ştie unde, la cine şi în ce condiţii a trăit pentru a-şi cunoaşte trecutul şi a-şi depăşi problemele cu care se confruntă.

Iniţial petentul a introdus o acţiune în daune interese, pentru neglijenţa autorităţilor locale privind administrarea justiţiei, cerând totodată să i se comunice note şi dosare întocmite de aceste autorităţi în perioada în care a fost pupil al asistenţei sociale. High Court a respins acţiunea pe motivul confidenţialităţii şi caracterului privat al dosarelor întocmite, decizie confirmată de Court of Appeal.

Între timp, autorităţile locale din Liverpool au adoptat mai multe rezoluţii privind accesul la dosarele copiilor asistaţi social, dându-i-se petentului G.G. acces la dosarul său, dar numai în măsura în care persoanele care au dat informaţii anchetatorilor sociali vor consimţii.

Petiţionarul s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, invocând refuzul de a fi lăsat să consulte întregul dosar aflat în arhivele primăriei din Liverpool, deci încălcându-se prevederile art. 8 şi 10 din Convenţia europeană a drepturilor omului (adică dreptul la respectarea vieţii private şi de familie - art. 8, precum şi dreptul la libera exprimare - art. 10).

Procedând la rezolvarea cauzei, Curtea a început prin a delimita obiectul litigiului, considerând că este sesizată numai cu privire la problemele ridicate, în temeiul art. 8 şi 10 din Convenţie, în legătură cu procedurile şi deciziile prin care G.G. şi-a văzut refuzat accesul la dosarul său personal.

În continuare, Curtea a considerat că dosarul în cauză se referea la viaţa privată şi de familie a lui G.G., într-o aşa măsură încât problema accesibilităţii celui interesat se încadrează în prevederile art. 8 din Convenţie.

Apoi, potrivit jurisprudenţei constante a Curţii, s-a reţinut că deşi prin textul respectiv se tinde, în esenţă, să ferească individul de amestecuri arbitrare ale puterilor publice, acest text poate da totuşi naştere unei obligaţii pozitive, inerente unei respectări efective a vieţii de familie. Desigur, G.G. nu denunţă faptul că dosarul respectiv conţine informaţii în legătură cu el şi, mai mult, nu susţine că aceste informaţii au fost folosite împotriva sa. În schimb, el protestează împotriva interzicerii de a i se da acces liber la respectivele informaţii. Curtea a considerat că Regatul Unit al Marii Britanii nu a comis un amestec în viaţa privată sau de familie a petiţionarului prin refuzul de a lăsa, fără nici o restricţie, consultarea dosarului respectiv. Deci, în speţă, Curtea trebuia să determine dacă Regatul Unit a tratat cererea de consultare a dosarului de către G.G. de o „manieră incompatibilă cu obligaţia pozitivă care rezultă, inerent, din art. 8 al Convenţiei.

În această privinţă, guvernul britanic a susţinut că funcţionarea corectă a serviciului de asistenţă socială pentru copii, depinde de informaţiile furnizate de organismele profesionale şi membrii lor etc. Or, dacă nu s-ar păstra anonimatul s-ar îndepărta colaborarea lor, ceea ce ar dăuna serviciului de asistenţă pentru copii. Dacă însă s-ar obţine acordul persoanelor care au colaborat la ancheta socială nu ar mai fi justificat un refuz global de acces la dosare. Pentru G.G. accesul ar fi fost permis doar pentru 65 din 325 de documente.

Din punctul de vedere al Curţii, persoanele care se găsesc în situaţia petiţionarului au un interes primordial, protejat prin Convenţie, să primească informaţiile de care au nevoie pentru a cunoaşte şi înţelege copilăria lor şi anii de formare. Un sistem care subordonează accesul la dosare acceptului persoanelor care au furnizat informaţii, cum este cazul sistemului din Regatul Unit, poate

fi, în principiu, considerat ca fiind compatibil cu prevederile art. 8 din Convenţie. Dar, totuşi, Curtea consideră că trebuie ocrotite interesele oricărei persoane care caută să consulte piesele de la dosarul privind viaţa sa privată sau de familie, chiar şi atunci când persoanele care au furnizat informaţii serviciilor sociale au refuzat, în mod abuziv, să-şi dea acordul. În asemenea cazuri, principiul proporţionalităţii cere ca un organ independent să ia decizia finală asupra accesului. În lipsa acestui sistem de echilibrare, care este şi cel al sistemului din Regatul Unit, s-a decis, în speţă, că au fost încălcate prevederile art. 8 din Convenţia europeană a drepturilor omului.

În ceea ce priveşte art. 10 din Convenţie, prin care se garantează dreptul de a primi informaţii, fără amestecul autorităţilor, Curtea a apreciat că acest text obligă guvernul să comunice celui interesat informaţiile sus-menţionate, deci s-a comis o încălcare a prevederilor art. 10 din Convenţie.

Curtea a considerat că, în speţă, petiţionarului i se cuvin daune morale în sumă de 5000 lire sterline pentru că a suferit o anumită deznădejde şi nelinişte în legătură cu acest proces care a fost nevoit să-l intenteze.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 7 iulie 1989, plenul Curţii*).

2. *Dreptul la viaţa intimă familială şi privată. Date personale. stabilirea paternităţii prin teste ADN*.

În fapt, numita M.L.M., născută din afara căsătoriei, a introdus, împreună cu mama sa, în

faţa tribunalului din Zagreb, o acţiune în stabilirea de paternitate împotriva numitului H.P. Pârâtul nu s-a prezentat la termenele de judecată şi nu s-a supus ordonanţelor tribunalului prin care i se prescria să se supună unor teste ADN pentru a se putea stabili dacă el este tatăl petiţionarei. La capătul a trei ani şi jumătate, tribunalul a ajuns la concluzia că pârâtul H.P. este tatăl petiţionarei, fundamentându-şi această hotărâre pe mărturia mamei reclamantei şi pe faptul că pârâtul H.P. s-a sustras testelor ADN.

Pârâtul a declarat apel, care a fost admis, anulându-se judecata primei instanţe, considerându-se că paternitatea pârâtului nu poate fi stabilită numai pe baza refuzului acestuia de a se supune testelor ADN. Cauza a fost retrimisă la prima instanţă urmând ca aceasta să procedeze la audierea de martori, în cele din urmă paternitatea fiind stabilită, iar petiţionarul fiind obligat la plata unei pensii alimentare. Împotriva acestei noi hotărâri, pârâtul a declarat din nou apel, procedura fiind în curs la data când petiţionara s-a adresat Curţii de Justiţie a Drepturilor Omului susţinând că în lipsa unor decizii a jurisdicţiilor cu privire la identitatea sa personală au fost încălcate prevederile art. 8 din Convenţia europeană, dar şi ale art. 6 şi 13 din această Convenţie, (dreptul la un proces echitabil şi, respectiv, dreptul la un recurs efectiv), întrucât în dreptul croat nu există instituită o procedură de accelerare a judecării cauzelor şi, de asemenea, obligarea pârâţilor din acţiuni în stabilirea paternităţii de a se supune ordonanţelor judiciare care prescriu prelevări ADN.

Procedând la examinarea cauzei, Curtea a reţinut că în speţă au avut loc cincisprezece termene de judecată, datorate exclusiv absenţei pârâtului, deci nu s-a statuat într-un termen

rezonabil asupra cauzei fiind încălcate prevederile art.6 din Convenţia europeană.

Cu privire la art. 8 din Convenţie, s-a reţinut că dreptul croat nu prevede nici o măsură care să permită constrângerea lui H.P. la efectuarea de teste ADN şi nici o dispoziţie care să reglementeze consecinţele refuzului celui interesat. În schimb, însă, instanţele erau libere să ia în considerare faptul că o parte a pus piedici în stabilirea anumitor fapte. Dar, nu ar fi nici suficient, nici adecvat să se stabilească paternitatea unui individ pornindu-se de la refuzul său de a se conforma unei ordonanţe judiciare care îi prescria să se supună unor teste ADN. În plus, prima instanţă a omis să analizeze şi alte elemente pertinente.

Potrivit Curţii, persoanele care se găsesc în situaţia petiţionarei au un interes vital, protejat de Convenţia europeană, să obţină informaţiile necesare descoperirii adevărului privind un important aspect al identităţii lor personale. Dar, în acelaşi timp trebuie respectată şi protecţia terţilor care se opune ca aceştia să fie constrânşi a se supune unor examene medicale de orice fel, inclusiv unor teste ADN. Deci, există, aparent, o contradicţie între interesele solicitantului acţiunii în stabilirea paternităţii, care trebuie să fie asigurate atunci când paternitatea nu poate fi stabilită cu ajutorul testelor ADN, şi dreptul pârâtului care nu poate fi constrâns să se supună acestor teste. Or, un sistem juridic, ca cel în vigoare în Croaţia, care nu prevede nici un mijloc de a-l obliga pe tatăl prezumtiv de a se conforma unei ordonanţe a justiţiei nu este conform cu principiul proporţionalităţii, întrucât acest sistem nu prevede şi mijloace care să permită unei autorităţi independente să tranşeze problema paternităţii într-un termen scurt, petiţionara neavând acces la o asemenea procedură. Mai mult, pentru a se statua asupra unei acţiuni în stabilirea

paternităţii, instanţele de judecată trebuie să ţină cont de interesele copilului. În consecinţă, Curtea a apreciat că procedura aplicabilă în Croaţia nu asigură un echilibru just între dreptul petiţionarei în a vedea şi de a pune capăt, fără amânări inutile, incertitudini privind identitatea sa personală şi dreptul tatălui presupus de a nu se supune unor teste ADN. Aşa încât, ineficacitatea instanţelor de judecată a lăsat-o pe petiţionară într-o stare de incertitudine prelungită în ceea ce priveşte identitatea sa personală şi, deci, nu i-a garantat respectarea vieţii sale private, situaţie care constituie o încălcare a prevederilor art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia 1, hotărârea din 7 februarie 2002, în cauza Miculić contra Croaţiei*).

3. *Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată. Numele şi prenumele. Dreptul soţului care a ales ca nume de familie numele soţiei, de a-l preceda pe acesta cu numele său propriu*.

În fapt S.B. şi A.Ş., care s-au căsătorit în Republica Federală Germania, şi-au ales ca patronim comun de familie pe cel al soţiei, dar soţul şi-a precedat acest nume comun şi cu propriul său nume, adică Ş.B.

La starea civilă elveţiană, unde-şi aveau domiciliul cei doi, s-a înregistrat însă, ca patronim al ambilor soţi, doar numele Ş.

Soţii au solicitat autorităţilor elveţiene să autorizeze ca numele B să fie înregistrat patronimul comun de familie B, iar pentru soţ numele să fie Ş.B., întrucât soţul este cunoscut în

mediile academice sub numele Ş. şi acest lucru influenţează cariera sa într-un fel care nu trebuie neglijat.

Cererea de modificare a înscrierii numelor soţilor în registrele de stare civilă elveţiene a fost respinsă.

Soţii au reînnoit cererea la departamentul de justiţie al cantonului Bâle -Ville, care a fost şi ea respinsă, iar în recursul introdus la Tribunalul federal, s-a admis ca soţii să folosească numele comun B, ca nume de familie, dar a respins capătul de cerere ca soţul să poarte numele de Ş.B., subliniindu-se că în practică acesta îl poate folosi pentru uz privat (nu unul public).

Soţii s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, invocând încălcarea prevederilor art. 8 şi 14 din Convenţia europeană (dreptul la viaţă intimă, familială şi privată şi, respectiv, interzicerea discriminării).

În faţa Curţii, guvernul elveţian a ridicat două excepţii preliminare: în primul rând se contestă petiţionarei calitatea de victimă în sensul art. 25 din Convenţie, nimeni în afară de soţul reclamant nu este lezat prin respingerea cererii, soţia căpătând satisfacţie în faţa tribunalului federal care i-a permis să-şi păstreze numele de fată, deci această excepţie trebuie respinsă; în al doilea rând, guvernul denunţă şi neepuizarea căilor de recurs intern, excepţie de asemenea respinsă pentru considerentul că nu se poate reproşa celor interesaţi că şi-au întemeiat recursul numai pe dreptul intern, din moment ce argumentele lor coincideau, în esenţă, cu cele pentru care au sesizat Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Guvernul elveţian a contestat şi aplicabilitatea art. 8 şi 14 din Convenţie, întrucât de la intrarea în vigoare a Protocolului nr. 7 la Convenţie, art. 5 priveşte egalitatea în drepturi şi responsabilităţile

civile între soţi ar determina singur, ca „lex specialis”, egalitatea acestora în alegerea numelui lor.

Această excepţie a fost, şi ea, respinsă pentru considerentul că în conformitate cu art. 7 al Protocolului nr. 7, art. 5 al protocolului se analizează ca o clauză adiţională la Convenţia europeană, în special la art. 8 şi art. 60, aşa încât acest text al art. 5 din protocol nu se va substitui art.8, el neconţinând dispoziţii explicite în materie de nume.

Curtea subliniază că în calitate de mijloc de identificare personală şi de apartenenţă la o familie, numele unei persoane nu priveşte mai puţin viaţa privată şi de familie a acesteia.

Faptul că statul şi societatea au interes să îi reglementeze utilizarea nu înseamnă un obstacol, căci aceste aspecte de drept public sunt compatibile cu viaţa privată, concepută ca încorporând, într-o anumită măsură, dreptul pentru individ de a face şi dezvolta relaţii cu semenii săi, inclusiv în domeniul profesional sau comercial. Or, în această împrejurare, conservarea de către petiţionar a numelui său propriu de familie sub care este cunoscut în mediile academice, poate influenţa cariera sa într-un fel care nu trebuie neglijat şi, ca atare, art. 8 din Convenţia europeană este aplicabil în speţă.

Guvernul elveţian a invocat, în sprijinul sistemului juridic elveţian, în primul rând, grija legiuitorului de a exprima unitatea familiei prin aceea a numelui. Acest argument nu a fost acceptat întrucât, aşa cum subliniază Curtea, adăugarea de către soţ a patronimului său personal la numele comun familial, împrumutat de la soţia sa, nu înseamnă că prin aceasta s-ar afecta în cea mai mică măsură unitatea familiei. Apoi, nu s-ar putea vorbi nici de vreo tradiţie veritabilă în materie: introducerea, în folosul soţilor, al dreptului pe care

îl solicită petiţionarul trebuie interpretat în lumina condiţiilor de azi în care funcţionează societatea, în special a importanţei ce se acordă principiului nediscriminării. Nimic nu mai diferenţiază alegerea de către cei doi soţi, a unuia dintre patronimele lor, de preferinţă a celuilalt, ca nume de familie. El nu mai este argumentat în actul de susţinere al soţului decât în cel al soţiei. Deci, nu se justifică să i se dea consecinţe deosebite în funcţie de caz. În ceea ce priveşte alte tipuri de nume, cum ar fi numele compus sau orice altă formă particulară, trebuie separate de numele de familie legal, deci nu pot trece ca echivalente ale acestuia.

În consecinţă, în speţă diferenţa de tratament, în speţă, este lipsită de orice justificare obiectivă naţională, fiind încălcate prevederile art. 14 combinate cu cele ale art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 22 februarie 1994, în cauza Burghartz contra Elveţiei*).

4. *Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată. Schimbarea de patronim*.

În fapt, numitul S, cetăţean finlandez a solicitat autorităţilor autorizarea de a-şi schimba numele său patronimic S. în T. nume purtat de strămoşii lui. Cererea a fost respinsă pe considerentul că numele respectiv nu a fost purtat în mod constant de strămoşii petiţionarului, întrucât primul care a purtat numele său actual S. a fost născut din afara căsătoriei, iar, pe de altă parte numele de T. a fost utilizat de strămoşi foarte îndepărtaţi (secolul XVIII).

Petiţionarul s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, pretinzând că prin acest refuz

au fost încălcate prevederile art. 8 şi art. 14 combinat cu art. 8 din Convenţia europeană.

Procedând la examinarea temeiniciei cererii petiţionarului Curtea a subliniat că într-adevăr numele are un rol determinant în calitate de mijloc de identificare personală şi de legătură cu o familie, numele unei persoane privind viaţa privată şi de familie a acesteia. Iar, faptul că există un interes public în a reglementa folosirea lui nu schimbă cu nimic situaţia. Deci, obiectul reclamaţiei petiţionarului se încadrează în prevederile art. 8 din Convenţia europeană. Însă, în concepţia Curţii, refuzul autorităţilor finlandeze de a-l autoriza pe reclamant să adopte un nou patronim specific nu constituie, în mod necesar, un amestec în exercitarea dreptului la respect pentru viaţa privată, cum ar fi fost, de exemplu, obligarea reclamantului de a-şi schimba patronimul. Este adevărat totuşi că art. 8 conduce la o creştere a obligaţiilor pozitive, inerente unui „respect efectiv" al vieţii private, iar chiar dacă ar exista motive întemeiate (adevărate) care să-l facă pe individ să-şi dorească să-şi schimbe numele, în interesul public pot fi justificate unele restricţii legale la asemenea posibilităţi. Or, în această privinţă nu există puncte de convergenţă între sistemele naţionale, în ceea ce priveşte condiţiile în care se poate efectua legal schimbarea numelui, de unde se poate deduce că statele contractante se bucură de o marjă largă de apreciere în acest domeniu.

În speţă, neplăcerile invocate de petiţionar nu s-a demonstrat că pretinsele dificultăţi de ortografie şi pronunţare a numelui pot fi foarte dese sau mai importante decât cele întâmpinate de un număr foarte mare de persoane în Europa. În orice caz, autorităţile finlandeze sunt, în principiu, mai bine plasate pentru a aprecia nivelul de neplăcere în speţa respectivă şi nici nu a fost

avansat vreun motiv convingător care să conducă Curtea spre o altă concluzie. Deci, sursele de neplăcere denunţate nu sunt suficiente pentru a se pune problema unei lipse de respect a vieţii private.

Cât priveşte ataşamentul susţinut de petiţionar pentru numele unui strămoş, cel ce a purtat acest nume este mort de atâta timp încât nu se mai poate acorda o prea mare greutate acestor legături, în scopurile prevăzute de art. 8 din Convenţie.

În consecinţă, refuzul autorităţilor finlandeze nu poate fi analizat ca o lipsă de respect a vieţii private. Deci, nu a existat o încălcare a prevederilor art. 8 din Convenţie.

În ceea ce priveşte încălcarea art. 14 combinat cu art. 8, faptul că unul din strămoşii petiţionarului s-a născut în afara căsătoriei, nu pare să fi avut influenţă asupra respingerii de către autorităţile finlandeze de autorizare a schimbării patronimului. Această respingere se bazează mai mult pe faptul că numele respectiv nu a fost folosit în mod constant în familia reclamantului. Or, justificarea avansată de guvern pare obiectivă şi raţională. Ca atare, nu a existat o violare a art. 14 combinat cu art. 8 din Convenţie.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 25 noiembrie 1994, în cauza Stjurna contra Finlandei*).

5. *Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată. Refuzul autorităţilor de a accepta prenumele ales de părinţi pentru copilul lor*.

În fapt, părinţii unei fete au ales ca prenume pentru fiica lor Fleur de Marie, Armine, Angéle, ei făcând o declaraţie în acest sens la ofiţerul stării civile. Autoritatea publică a refuzat primul dintre

aceste prenume pe considerentul că acesta nu figurează în nici un calendar. Deci, copilul a fost înregistrat fără primul prenume.

Părinţii s-au adresat instanţei de judecată, care a respins cererea lor de rectificare a actului de stare civilă pentru motivul că un prenume „nu ar putea fi compus dintr-un amalgam constituit dintr-un dublu cuvânt articulat în jurul unei prepoziţii". S-a acceptat, totuşi cererea subsidiară a reclamanţilor în sensul că la şirul de prenume să se adauge şi cuvintele Fleur-Marie, Curtea de Apel confirmând această sentinţă prin respingerea apelului petiţionarilor.

Părinţii fetei s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului susţinând că s-a încălcat dreptul lor pentru viaţa privată şi de familie (prevăzut de art. 8 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului), ca urmare a refuzului autorităţilor publice de a înscrie în actul de naştere prenumele ales de ei pentru fiica lor.

Procedând la examinarea cauzei, Curtea a reţinut că art. 8 din Convenţie nu conţine dispoziţii explicite în materie de prenume. Dar, totuşi, în calitate de mijloc de identificare în sânul familiei şi în societate, prenumele unei persoane ca patronim priveşte viaţa sa privată şi familială. Mai mult chiar, alegerea prenumelui copilului de către părinţi îmbracă un caracter intim şi afectiv care, în consecinţă se încadrează în sfera vieţii private a acestora din urmă, aşa încât sunt aplicabile prevederile art. 8 din Convenţie.

Curtea a mai reţinut că părinţii copilului (reclamanţii) au putut fi afectaţi prin refuzarea prenumelui pe care ei l-au ales pentru fiica lor, apărând verosimil ca diferenţa între prenumele legal şi prenumele utilizat de aceştia (copilul fiind chemat „Fleur de Marie" de către membrii familiei sale, fiind identificat ca atare şi din punct de vedere social) să producă anumite complicaţii

pentru petiţionari cu ocazia demersurilor pe care ei le efectuează în calitate de reprezentanţi legali.

Nu se contestă nici faptul că respectivul copil poartă în mod curent şi fără piedici prenumele de „Fleur-Marie", autorităţile publice, inclusiv cele jurisdicţionale, luând în considerare interesul copilului, acceptând cererea subsidiară a reclamanţilor de a se înscrie în actul de naştere şi prenumele Fleur-Marie.

În concluzie, Curtea a considerat că eventualele neplăceri denunţate de petiţionari deşi suficiente pentru a se pune problema unei lipse de respect a vieţii private şi de familie, nu constituie, totuşi, o încălcare, în speţă, a prevederilor art. 8 din Convenţie, întrucât prenumele „Fleur de Marie" nu poate figura în documentele şi actele oficiale.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 24 octombrie 1996, în cauza Guillot contra Franţei*).

6. *Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată. Dreptul la imagine. Publicarea în presa de senzaţie a unor fotografii cu privire la viaţa privată a unei prinţese*.

În fapt, Caroline Von Hannover, fiica prinţului Rainer de Monaco s-a adresat instanţelor de judecată germane solicitând să fie interzisă orice nouă publicare a unei serii de fotografii apărute în anii 1990 în revistele-magazin germane, invocând atingerea adusă dreptului ei la protecţia vieţii sale private şi a propriei imagini. Printr-o hotărâre de principiu s-a dat câştig de cauză cererii sale cu privire la unele fotografii în care ea apare în compania copiilor ei, pe motiv că nevoia copiilor de protecţie a sferei private este mai amplă decât

cea a adulţilor. În schimb, s-a considerat că petiţionara, în calitate de personalitate a istoriei contemporane, trebuie să tolereze publicarea unor fotografii în care ea apare în public, chiar dacă este vorba de fotografii cu scene din viaţa sa cotidiană şi nu de fotografii care o arată în exercitarea funcţiilor sale reprezentative. În această argumentare în drept, se face referire la libertatea presei şi interesul legitim al publicului de a ştii cum o asemenea persoană se comportă de o manieră generală în public.

Petiţionara s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, susţinând că prin deciziile jurisdicţiilor germane s-a adus atingere drepturilor ei la respectarea vieţii sale private, nefiindu-i acordată o protecţie suficientă împotriva publicării de fotografii făcute fără ştirea ei de către nişte paparazzi, fiindu-i astfel adusă o atingere la dreptul ei de a-i fi respectată viaţa sa de familie.

Având de soluţionat această cauză, Curtea a făcut sublinierea, de la bun început, că publicarea în diferite reviste-magazin din Germania a unor fotografii reprezentând-o pe petiţionară singură sau cu alte persoane în cursul vieţii ei zilnice ţin de viaţa privată a acesteia, iar, prin aceasta art. 8 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului îşi are aplicare. În acest caz, însă, trebuie puse în balanţă protecţia vieţii private a petiţionarei, garantată de art.8, cu libertatea de exprimare, de asemenea garantată de art. 10 din Convenţie. Dacă, însă, libertatea de exprimare se extinde şi la publicarea de fotografii, nu mai puţin adevărat este că aceasta (publicarea de fotografii) este un domeniu în care protecţia reputaţiei şi a drepturilor celorlalţi capătă o importanţă deosebită, deoarece nu este vorba de difuzarea unor idei, ci de imagini care conţin informaţii foarte personale, chiar intime, despre un individ. În plus, fotografiile care apar în presa de senzaţie sunt realizate,

adesea, într-un climat de hărţuire continuă, provocându-i persoanei în cauză un foarte puternic sentiment de intruziune în viaţa sa privată şi chiar de persecuţie.

Potrivit Curţii, elementul determinant, atunci când se pun în balanţă protecţia vieţii private şi libertatea de exprimare, trebuie să rezide în contribuţia pe care fotografiile şi articolele publicate o aduc dezbaterii de interes general. Or, în speţă, este vorba de fotografii reprezentând-o pe petiţionară în scene din viaţa cotidiană, deci în activităţi de natură pur privată. Curtea a mai reţinut şi contextul în care au fost făcute fotografiile, adică fără ştirea petiţionarei, fără consimţământul ei şi uneori în mod clandestin. Aşa încât s-a considerat că, în speţă, elementul contribuţiei la vreo dezbatere de interes general lipseşte, petiţionara neîndeplinind funcţii oficiale, iar fotografiile şi articolele litigioase raportându-se exclusiv la detalii din viaţa sa privată. De altfel, chiar dacă, ipotetic vorbind, ar exista un drept al publicului să fie informat, în împrejurări speciale, inclusiv despre viaţa privată a persoanelor publice, nu acesta este cazul în speţa de faţă, părerea Curţii fiind că publicul nu are un interes legitim să ştie unde se găseşte petiţionara şi cum se comportă aceasta în mod general în viaţa privată. Şi, chiar dacă un asemenea interes ar exista, după cum există şi un interes comercial al revistelor-magazin care publică astfel de articole şi fotografii, aceste interese trebuie înlăturate în faţa dreptului celor în cauză la protecţia efectivă a vieţii sale private.

Ţinând seamă de toate aceste elemente, Curtea a apreciat că jurisdicţiile germane nu au stabilit un echilibru între interesele aduse în discuţie, fiind încălcate prevederile art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia III-a, hotărârea din 24 iunie 2004, în cauza*

C. Von Hannover contra Germaniei).

7. Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată. Restricţii pentru ocuparea unui post în sectorul public şi cel privat. Atingere adusă dreptului la protecţia vieţii private.

În fapt, J.S. şi K.D., lituanieni, ambii au lucrat pentru departamentul KGB din S. După ce Lituania a devenit independentă J.S. lucrează ca inspector în serviciile fiscului, iar K.D. ca procuror. Autorităţile lituaniene au considerat că aceste două persoane, întrucât au avut, în trecut, statutul de agenţi KGB sunt supuşi unor restricţii în ceea ce priveşte posibilităţile de a ocupa un serviciu potrivit legii lituaniene. Drept consecinţă a acestor restricţii, persoanele sus-menţionate au fost demise din funcţiile lor şi li s-a interzis să lucreze într-o funcţie publică, precum şi în diverse domenii ale sectorului privat între anii 1991 şi 2009.

J.S. ţi K.D. au angajat o procedură în faţa jurisdicţiilor administrative, afirmând că demiterea lor este ilegală şi susţinând că nu au fost implicaţi în activităţi legate de contraspionaj sau de ideologie, deci s-ar încadra în excepţiile prevăzute de legea lituaniană.

Tribunalul administrativ superior a decis că demiterea lui J.S. este justificată, fiindu-i respinse şi recursurile declarate de acesta, şi a admis cererea lui K.D. repunându-l în funcţiile sale, dar în urma unui recurs al serviciilor de informaţii, Curtea de Apel a anulat decizia pronunţată în ceea ce-l priveşte pe K.D., recursul acestuia fiind respins de Curtea Supremă.

J.S. şi K.D. s-au adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, susţinând că deciziile instanţelor lituaniene sunt contrare prevederilor

art. 8 şi 14 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului, ei angajându-se în diverse activităţi urmărind să promoveze independenţa Lituaniei, K.D. fiind şi decorat pentru munca depusă. Ambii au susţinut că în urma publicităţii negative legate de adoptarea legii lituaniene în materie şi de la aplicarea acesteia au întâmpinat dificultăţi zilnice datorită trecutului lor.

Examinând cauza sus-menţionată, Curtea a reţinut următoarele:

a) interdicţia de a fi angajaţi, a numiţilor J.S. şi K.D., în activităţi profesionale din diferite domenii ale sectorului privat până în anul 2009 a compromis sensibil posibilităţile lor de a dezvolta relaţii cu lumea exterioară, ceea ce le-a produs grave dificultăţi în câştigarea traiului şi a avut repercusiuni evidente asupra respectării vieţii lor private. Pentru cei în cauză, miza merge dincolo de reputaţia lor. Deci, devin aplicabile dispoziţiile art. 14 combinate cu cele ale art. 8 din Convenţia europeană (discriminarea şi respectarea vieţii private);

b) legea a avut ca scop garantarea bunei funcţionări a securităţii naţionale şi a sistemelor de educaţie şi finanţe, motivul impunerii unor restricţii la ocuparea unui post pentru că trecutul petiţionarilor nu ţinea de trecutele lor legături cu KGB în sine, ci de lipsa lor de loialitate faţă de stat. Este admisibil ca activităţile KGB sunt contrare principiilor garantate de Constituţia lituaniană sau de Convenţia europeană, Lituania dorind să evite o repetare a experienţei din trecut. Sisteme similare au fost instaurate în mai multe alte state care au ratificat Convenţia europeană, reuşind să iasă dintr-un regim totalitar. În consecinţă, restricţiile impuse perspectivelor de angajare ale petiţionarilor în baza legii lituaniene, şi diferenţa de tratament care le-a fost aplicată acestora, urmăreau scopurile legitime de protecţie

a securităţii naţionale, a ordinii publice, a bunăstării economice a ţării, a drepturilor şi libertăţilor celorlalţi. Dar, Curtea constată că perspectivele găsirii unui serviciu de către petiţionari erau restrânse nu numai cu privire la zona funcţiei publice, ci de asemenea în diferite sectoare în domeniul privat. Or, deşi exigenţa de loialitate a unui angajat faţă de stat constituie o condiţie inerentă pentru a lucra în cadrul autorităţilor publice însărcinate cu protecţia şi garantarea interesului general, o asemenea exigenţă nu mai este inevitabilă atunci când este vorba de a lucra pentru societăţi private. Într-adevăr, deşi activităţile economice ale actorilor din sectorul privat influenţează, fără îndoială, funcţionarea statului sau contribuie la aceasta, aceşti actori nu sunt depozitari ai puterii suverane conferite statului. În plus, societăţile private se pot angaja în mod legitim în activităţi - cu precădere economice şi financiare - de natură a intra în conflict cu obiectivele fixate autorităţilor publice sau societăţilor de stat. ca atare, pentru Curte, restricţiile impuse de stat în ceea ce priveşte angajarea unei persoane în cadrul unei societăţi private din raţiuni de lipsă de loialitate faţă de stat nu sunt justificate;

c) Curtea nu poate ignora ambiguitatea cu care legea lituaniană abordează, pe de-o parte, problema lipsei de loialitate a petiţionarilor şi, pe de altă parte, necesitatea de a aplica restricţiile la angajare şi în anumite domenii ale sectorului privat. Într-adevăr, în afara referirii la „jurişti” şi „notari”, legea lituaniană nu cuprinde nici o definiţie a posturilor, funcţiilor sau sarcinilor specifice la care accesul este interzis petiţionarilor. Prin urmare, este imposibil să se stabilească existenţa unei legături rezonabile între posturile în cauză şi scopurile legitime urmărite prin interzicerea ocupării acestor posturi. Un astfel de dispozitiv legislativ nu prezintă garanţiile necesare

care să permită evitarea oricărei discriminări şi să asigure un control jurisdicţional adecvat şi suficient al deciziei de a impune asemenea restricţii;

d) Curtea mai reţine că legea lituaniană în materie a intrat în vigoare la aproape zece ani după declararea independenţei Lituaniei, ceea ce înseamnă că restricţiile impuse petiţionarilor, în legătură cu activităţile lor profesionale s-au extins pe o perioadă de treisprezece ani (pentru J.S.) şi, respectiv, nouă ani (pentru K.D.), după ce aceştia au plecat din KGB.

În concluzie, întrucât interdicţia impusă petiţionarilor de a lucra „şi în diverse domenii ale sectorului privat" constituie o măsură disproporţionată, având loc, în speţă, o încălcare a art. 14 combinat cu art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia II, hotărârea din 27 iulie 2004, în cauză S. şi D. contra Lituaniei*).

8. *Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată. Violenţe sexuale. Minoră handicapată mintal*.

În fapt,Y., bolnavă mintal, având mai mult de 16 ani, locuind într-un cămin de copii handicapaţi, a fost abuzată sexual de numitul B. A doua zi, X, tatăl minorei, a făcut plângere la poliţie prevalându-se de autoritatea sa paternală, întrucât fiica sa, deşi în vârstă d peste 16 ani, nu avea capacitatea mentală să acţioneze personal.

Parchetul a decis neurmărirea penală a lui B., pentru că victima nu a făcut plângerea ea însăşi, în timp util, iar Curtea de Apel din A. a respins recursul intentat de X împotriva acestei decizii pentru considerentul că art. 248 ter din Codul

penal olandez, care reprimă astfel de acte, nu a putut fi aplicat întrucât trebuia ca victima să acţioneze ea însăşi, reclamaţia tatălui neputând să înlocuiască pe cea a victimei.

X a sesizat Curtea Europeană a Drepturilor Omului, susţinând că fiica sa a suportat un tratament inuman şi degradant (art. 3 din Convenţia europeană) şi amândoi (tată şi fiică) au suferit o atingere a drepturilor lor la respect pentru viaţa privată şi pentru viaţa de familie (art. 8 din Convenţie), drept care implică şi posibilitatea pentru părinţi de a intenta acţiuni pentru exercitarea unor violenţe sexuale suferite de copiii lor, atunci când aceştia sunt minori, în speţă tatăl fiind reprezentantul legal al fiicei sale minore abuzate sexual. Or, în cauză, în condiţiile sus-menţionate, atât fiica, cât şi tatăl nu au dispus în mod efectiv de o acţiune în faţa unei instanţe naţionale (art. 13 din Convenţie). De asemenea, s-a mai susţinut că situaţia în litigiu îmbracă şi un caracter discriminator.

Având de soluţionat această cauză, Curtea a considerat că mai întâi trebuie examinată aplicabilitatea, în speţă, a prevederilor art. 8 din Convenţie, stabilind că nu se poate contesta aplicabilitatea acestui text care, dincolo de obligaţia neamestecului care decurge din el, poate implica şi adoptarea unor măsuri pozitive vizând raporturile dintre indivizi. În această privinţă, Curtea a considerat ca fiind insuficientă protecţia prin dreptul civil pentru asemenea fapte care pun în cauză valori fundamentale şi aspecte esenţiale ale vieţii private: numai cu o legislaţie penală neputându-se asigura prevenirea necesară. Or, în speţă, Curtea a stabilit că nu se putea angaja acţiunea publică, în baza art. 248 ter din Codul penal, aşa cum rezultă şi din decizia Curţii de Apel din A. În consecinţă, întrucât nici o altă dispoziţie legală nu asigură o protecţie concretă şi efectivă, s-

a conchis că Y. a fost victima încălcării art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 26 martie 1985, în cauza X şi Y contra Olandei*).

9. *Dreptul la viaţa intimă, familiară şi privată. Homosexualitatea. Interzicerea legală a relaţiilor homosexuale*.

În fapt, J.D., supus britanic, este homosexual. În cursul unei descinderi poliţieneşti cu privire la stupefiante s-au confiscat de la domiciliul acestuia şi un jurnal personal în care sunt descrise activităţi homosexuale ale acestuia. În continuare, a fost invitat la un comisariat unde a fost interogat timp de mai multe ore în legătură cu viaţa sa sexuală, în cele din urmă el fiind informat că nu va fi urmărit penal, înapoindu-i-se hârtiile şi jurnalul său personal.

Numitul J.D. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului susţinând că s-a adus o atingere dreptului său de a-i fi respectată viaţa privată care include şi viaţa sa sexuală.

Guvernul britanic a susţinut că atingerea adusă vieţii private a lui J.D. se justifică întrucât legislaţia nord-irlandeză cu privire la actele homosexuale este necesară într-o societate democratică deoarece trebuie asigurată, printre altele, şi o protecţie morală.

În ceea ce o priveşte, Curtea consideră legitimă o anumită reglementare penală a comportamentului homosexual, precum şi a altor forme de comportament sexual, dar aplicarea de sancţiuni penale se justifică doar atunci când trebuie protejat publicul, în general, împotriva a ceea ce şochează şi răneşte şi chiar pentru actele

săvârşite de comun acord şi în intimitate, pentru a se da astfel garanţii împotriva exploatării şi coruperii unor persoane deosebit de vulnerabile, de exemplu din cauza tinereţii lor.

Făcând precizarea că nu-i revine ei să exprime o judecată de valoare asupra moralităţii relaţiilor homosexuale masculine între adulţi, Curtea arată că va examina dacă motivele prezentate de petiţionar în privinţa atingerii vieţii sale private sunt pertinente şi suficiente în raport cu prevederile art. 8 paragraful 2 din Convenţia europeană (informarea persoanei arestate cu privire la motivul arestării şi învinuirile ce-i sunt aduse).

În marea majoritate a Statelor membre ale Consiliului Europei nu se mai crede, în prezent, că practicile homosexuale cer, prin ele însele, o represiune penală. Deci, nu se mai poate vorbi despre o nevoie socială imperioasă de a transforma asemenea acte în infracţiuni, în lipsa unei justificări suficiente produse prin riscul de a dăuna unor indivizi vulnerabili care ar trebui protejaţi, de exemplu tinerii, sau prin repercusiuni asupra colectivităţii. În consecinţă, motivele avansate de guvernul britanic nu sunt suficiente pentru a justifica menţinerea interzicerii penale a unor raporturi homosexuale la care se dedau în intimitate bărbaţi adulţi, capabili să consimtă la aceasta.

Curtea nu tranşează problema de a se şti dacă atingerea adusă vieţii private intime denunţată de petiţionar poate sau nu să fie justificată, atâta timp cât acesta din urmă este împiedicat să aibă relaţii homosexuale cu tineri sub 21 de ani, prin necesitatea de a fi protejată morala tinerilor. Aceasta revine în primul rând autorităţilor naţionale care trebuie să hotărască ce garanţii trebuie să ceară în această privinţă şi, în special să

fixeze vârsta până la care tinerii trebuie să se bucure de protecţia dreptului penal.

În ceea ce-l priveşte pe petiţionar, Curtea a considerat că acesta a suferit şi continuă să sufere o atingere nejustificată a dreptului său la respect pentru viaţa sa privată, fiind încălcate prevederile art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, plenul Curţii, hotărârea din 22 octombrie 1981, în cauza Dudgéon contra Regatului Unit*).

10. *Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată. Homosexualism. Respingerea cererii unui homosexual de a adopta un copil*.

În fapt, numitul Ph. F., resortisant francez, homosexual, a făcut o cerere la direcţia acţiuni sociale a copilului şi a sănătăţii din Paris, în vederea obţinerii acordului prealabil adoptării unui copil. Cererea a fost respinsă şi, de asemenea, şi recursul graţios introdus de petiţionar, pentru motivul că „opţiunile de viaţă" ale acestuia nu par de natură să prezinte garanţii suficiente în ceea ce priveşte condiţiile de încredinţare a unui copil, pe plan familial, educativ şi psihologic.

Tribunalul administrativ din Paris a anulat deciziile respective în legătură cu acordul prealabil, pentru considerentul că „nici o piesă a dosarului nu permite să se stabilească şi nici măcar nu autorizează să se afirme că modul de viaţă al lui Ph. F. ar vădi o lipsă de rigoare morală, o instabilitate afectivă, posibilitatea de a-l vedea deturnând adopţia de la scopurile sale, sau orice alt comportament de natură a face ca proiectul său să fie considerat ca periculos pentru orice copil adoptat".

Consiliul de Stat, pe baza unui recurs intentat de departamentul din Paris, a anulat hotărârea Tribunalului administrativ şi, statuând asupra fondului, a respins cererea petiţionarului considerând că acesta, ţinându-se seama de condiţiile sale de viaţă şi în pofida calităţilor sale umane şi educative certe, nu prezintă garanţii suficiente pe plan familial, educativ şi psihologic pentru a i se încredinţa un copil spre adopţie.

Numitul Ph. F. s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, plângându-se de faptul că decizia de respingere a cererii sale în vederea adoptării unui copil constituie o ingerinţă arbitrară în viaţa sa privată şi familială, deoarece s-ar baza exclusiv pe un „a priori" defavorabil orientării sexuale, încălcându-se astfel prevederile art. 14 combinat cu art. 8 din Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului.

Examinând situaţia din cauza sus-menţionată, Curtea a purces, mai întâi, la stabilirea dacă faptele litigiului se încadrează în domeniul de aplicare ale art. 8 şi 14 din Convenţie, făcându-se sublinierea că prin Convenţie nu este garantat şi un „drept de a adopta". Dreptul la respectarea unei vieţi familiale presupunând existenţa unei familii, art. 8 din Convenţie nu protejează simpla dorinţă de a întemeia o familie. Se remarcă, însă, că în dreptul francez se autorizează orice persoană celibatară - bărbat sau femeie - să facă o cerere de adopţie, iar autorităţile franceze au respins cererea bazându-se, implicit, dar în mod cert, numai pe orientarea sa sexuală. Pornind de aici, Curtea a ajuns la concluzia că, în speţă, a existat o diferenţă de tratament bazată pe orientarea sexuală a petiţionarului, fiind încălcate, fără nici o îndoială, prevederile art. 14 din Convenţie.

Analizând fundamentarea acuzaţiei adusă petiţionarului, Curtea a constatat, mai întâi, că deciziile de respingere a cererii petiţionarului

urmăreau un scop legitim: protecţia sănătăţii şi drepturile copiilor supuşi unei proceduri de adopţie, pentru care acordarea autorizării constituie în principiu o condiţie prealabilă. Curtea mai reaminteşte, că statele contractante beneficiază de o anumită marje de apreciere pentru a se pronunţa dacă - în ce măsură - diferenţele dintre anumite situaţii în alte privinţe asemănătoare justifică o tratare juridică diferită. Această marje este destul de largă într-o cauză de felul celei din speţă, unde problemele delicate ce se ridică ating domenii în care nu există comunitate de vederi între Statele membre ale Consiliului Europei şi unde, în general, dreptul pare a se afla într-o fază de tranziţie.

Pe de altă parte, având în faţă interesele concurente ale petiţionarului şi ale copiilor ce pot fi adoptaţi, Curtea s-a văzut în situaţia de a fi silită să constate că însăşi comunitatea ştiinţifică - în mod deosebit specialiştii în domeniul copilului, psihiatrii şi psihologii - este împărţită cu privire la consecinţele eventuale ale adopţiei asupra unui copil încredinţat unui părinte sau unor părinţi homosexuali, ţinând cont în special de numărul restrâns de studii ştiinţifice realizate până în prezent pe această temă. La acestea se adaugă profundele divergenţe ale opiniilor publice naţionale şi internaţionale, fără a se mai lua în calcul şi constatarea insuficienţei numărului de copii de adoptat în raport cu cererile. În aceste condiţii, autorităţile franceze au putut considera în mod legitim şi rezonabil că dreptul de a putea adopta, de care s-a prevalat petiţionarul în baza prevederilor art. 343-1 din Codul civil francez, îşi găseşte o limitare în interesul copiilor susceptibili a fi adoptaţi, în pofida aspiraţiilor legitime ale petiţionarului şi fără ca opţiunile sale personale să fie puse în cauză.

În aceste condiţii, Curtea a ajuns la concluzia că, în speţă, nu a avut loc o încălcare a art. 14 combinat cu art. 8 din Convenţia europeană.

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, secţia III, hotărârea din 26 februarie 2002, în cauza Frette contra Franţei*).

11. *Dreptul la viaţă intimă, familială şi privată. Transsexualism. Refuzul recunoaşterii noii identităţi sexuale unei transsexuale operate*.

În fapt, C.G., cetăţeană britanică este o transsexuală operată care a trecut de la sexul masculin la sexul feminin. Înainte însă de a se supune unor tratamente chirurgicale şi hormonale, aceasta s-a căsătorit având cu soţia sa patru copii, ulterior divorţând.

Petiţionara s-a adresat Curţii Europene a Drepturilor Omului, plângându-se de faptul că autorităţile britanice nu au recunoscut juridic noua sa identitate sexuală, denunţând în special maniera în care este tratată în legătură cu angajarea în muncă şi securitatea socială, pensie şi imposibilitatea de a se căsători.

Examinând cauza cu care a fost investită, Curtea a constatat că petiţionara a suferit o operaţie de conversie sexuală, ale cărei costuri au fost suportate de serviciul naţional de sănătate, în prezent ea ducând o viaţă socială de femeie, rămânând, însă, pe plan juridic, bărbat. Această situaţie se repercutează asupra vieţii sale, de exemplu în privinţa pensiei, vârsta de pensionare etc. Într-adevăr, se poate aduce o atingere gravă vieţii private atunci când există un conflict între realitatea socială şi cea juridică care plasează persoana transsexuală într-o situaţie anormală, care îi generează sentimente de vulnerabilitate, umilinţă şi anxietate.

Curtea a reţinut, de asemenea, că nu a intervenit pe plan ştiinţific o descoperire decisivă în legătură cu cauzele transsexualismului, însă Curtea consideră ca fiind mai semnificativ faptul că această situaţie este larg recunoscută la nivelul internaţional şi că transsexualismul constituie o stare medicală care justifică un tratament, dar nu este convinsă că imposibilitatea, pentru persoanele transsexuale, de a dobândi toate caracteristicile biologice ale noului lor sex ar prezenta o importanţă decisivă. Se subliniază faptul că există elemente clare şi de necontestat care arată o tendinţă internaţională continuă, nu doar de acceptare socială crescută a transsexualilor, dar şi de recunoaştere juridică a noii identităţi sexuale a transsexualilor operaţi. Aşa încât, în lumina elementelor de care dispune, Curtea a ajuns la concluzia că nu există nici un risc real de prejudiciu pentru nişte terţi, risc susceptibil de a rezulta din modificări ale sistemului de înregistrare a naşterilor în urma unei recunoaşteri a conversiei sexuale.

Curtea subliniază că demnitatea şi libertatea omului constituie esenţa însăşi a Convenţiei europene pentru apărarea drepturilor omului. În ceea ce priveşte art. 8 din Convenţie, în special, din care rezultă că noţiunea de „autonomie personală" reflectă dispoziţii referitoare la sfera personală a fiecăruia care trebuie protejată, inclusiv dreptul fiecăruia de a-şi stabili detaliile identităţii sale de fiinţă umană. În prezent, posibilitatea pentru transsexuali de a beneficia pe deplin, în mod egal cu concetăţenii lor, de dreptul la dezvoltare personală şi la integritate fizică şi morală nu poate fi considerată ca fiind o problemă controversată, care să necesite timp pentru a se ajunge la o desluşire mai clară a problemelor în joc.

Curtea mai subliniază că nu subestimează repercusiunile importante pe care o schimbare fundamentală a sistemului le poate avea în mod inevitabil, nu doar pentru înregistrarea naşterilor, dar şi în alte domenii cum ar fi accesul la registre, dreptul familiei, filiaţiunea, succesiunea, securitatea socială sau asigurările. Cu toate acestea, astfel de probleme nu sunt de nedepăşit, nefiind demonstrat că o modificare a condiţiei transsexualilor ar risca să aducă după sine dificultăţi concrete sau notabile, sau o atingere adusă interesului public. În privinţa altor consecinţe eventuale, Curtea consideră că i se poate pretinde societăţii, în mod rezonabil, să accepte anumite inconveniente pentru a permite unor persoane să trăiască în demnitate şi respect, în conformitate cu identitatea sexuală aleasă de ele cu preţul unor mari suferinţe. În consecinţă, începând cu anul 1986, Curtea a reiterat importanţa examinării permanente a unor măsuri juridice adecvate, ţinându-se seama de evoluţia ştiinţei şi a societăţii, însă statul pârât nu a făcut nimic în această privinţă, aşa încât acesta nu mai poate invoca marja sa de apreciere în materie în ceea ce priveşte mijloacele de implementat pentru a se asigura recunoaşterea dreptului protejat prin Convenţie. Ca atare, noţiunea de „echilibru just", inerentă Convenţiei, face ca balanţa să se încline în mod hotărât în favoarea petiţionarei, deci se admite că în speţă nu a fost respectat dreptul acesteia la viaţa sa privată, fiind încălcate prevederile art. 8 din Convenţia europeană.

Articolul 12 din Convenţie se referă în mod expres la dreptul pentru un bărbat şi o femeie de a se căsători, însă Curtea nu este convinsă că se mai poate continua a se admite azi că aceşti termeni implică obligativitatea determinării sexului potrivit unor criterii pur biologice. De la adoptarea Convenţiei europene pentru apărarea drepturilor omului, instituţia căsătoriei a fost puternic

zdruncinată de evoluţia societăţii, iar progresele medicinii şi ştiinţei în general au adus cu sine schimbări radicale în domeniul transsexualităţii. Curtea a constatat, în această privinţă, referindu-se la domeniul art. 8 din Convenţie, că neconcordanţa factorilor biologici la un transsexual operat nu mai poate constitui un motiv suficient pentru a justifica refuzul de a recunoaşte pe plan juridic schimbarea sexului celui interesat. Mai trebuie luaţi în seamă şi alţi factori: recunoaşterea de către comunitatea medicală şi autorităţile sanitare a stării medicale de tulburare a identităţii sexuale, oferta de tratamente, inclusiv a intervenţiilor chirurgicale, presupuse a permite persoanei în cauză de a se apropia pe cât posibil de sexul faţă de care are sentimentul că aparţine, precum şi adoptarea de către acesta a rolului social al noului său sex.

Dar, dreptul la respectarea vieţii private, garantat de art. 8 nu înglobează totuşi ansamblul problemelor care se ridică în lumina art. 12 (dreptul la căsătorie), prin care se referă expres la „condiţiile impuse de legile naţionale". În consecinţă, Curtea a considerat că este necesar a se şti dacă faptul că legislaţia britanică reţine în scopul căsătoriei sexul înregistrat la naştere ar constitui o limitare care aduce atingere substanţei însăşi a dreptului de a se căsători. În această privinţă, Curtea consideră că este artificial să se afirme că persoanele care au suferit o operaţie sexuală nu sunt private de dreptul de a se căsători, de vreme ce, în conformitate cu legea (nord irlandeză), le este posibil să se căsătorească cu o persoană de sex opus vechiului lor sex. În realitate, în speţă, petiţionara duce o viaţă de femeie, întreţine o relaţie cu un bărbat şi doreşte să se căsătorească doar cu un bărbat. Or, ea nu are această posibilitate. Ca atare, ea se plânge de o atingere adusă însăşi substanţei dreptului său de a se căsători. Curtea a mai reţinut că dacă numărul ţărilor care autorizează căsătoria transsexualilor

sub noua lor identitate sexuală este inferior celui al statelor care recunosc doar conversia sexuală însăşi, acest fapt nu este de natură a întări teza conform căreia statele contractante trebuie să poată reglementa în întregime problema, în cadrul marjelor de apreciere. Aceasta, întrucât ar însemna să se ajungă la concluzia că evantaiul opţiunilor aflate la dispoziţia unui stat contractant poate să meargă până la interzicerea în practică a exercitării dreptului de a se căsători. Or, în concepţia Curţii marja de apreciere nu poate fi atât de largă. Deci, statului contractant îi revine sarcina de a determina care sunt condiţiile pe care trebuie să le îndeplinească o persoană transsexuală, care revendică recunoaşterea juridică a noii sale identităţi sexuale, pentru a se putea stabili că respectiva conversie sexuală a fost bine operată, precum şi formalităţile aplicabile unei viitoare căsătorii (de exemplu informaţiilor de furnizat de către viitorii soţi). Dar, Curtea nu vede, totuşi, nici o raţiune care să justifice faptul că transsexualii sunt privaţi, în orice situaţie, de dreptul de a se căsătorii. Deci, în concluzie, Curtea a decis că, în speţă, au fost încălcate şi prevederile art. 12 din Convenţie (referitoare la dreptul la căsătorie).

(*Curtea Europeană a Drepturilor Omului, marea cameră, hotărârea din 11 iulie 2002, în cauza Christine Goodwin contra Regatului Unit*).

Capitolul XI: Drepturile vieţii familiale. Logodna şi căsătoria

Logodna

1. Familia este considerată ca fiind elementul fundamental al societăţii care include o multitudine de relaţii sociale între oameni care sunt legaţi între ei prin căsătorie sau rudenie. *În sens juridic*, familia desemnează grupul de persoane între care există drepturi şi obligaţii care izvorăsc din căsătorie, rudenie, precum şi din alte raporturi asimilate cu relaţiile de familie.

Aşadar, familia este un concept cu sferă largă de cuprindere, atât a unor relaţii izvorând direct din căsătorie (axul central), cât şi având raporturi cu căsătoria, cum sunt rudenia, filiaţia, autoritatea părintească, obligaţiile de întreţinere sau încetarea căsătoriei prin decesul unuia dintre soţi, situaţie juridică când se pun probleme de moştenire care fac obiectul unui capitol special al Codului civil.

Având în vedere acest caracter multiform al sferei conceptuale al noţiunii de „familie” (sau, mai exact, „drepturi de familie”), vom proceda, în cele ce urmează, în cadrul unei suite de prezentări, diferitele situaţii juridice care au specificităţi şi conţinuturi diferite care se integrează (includ) în sfera largă a „drepturilor de familie”.

2. Aşa cum am arătat şi mai sus, axul central, în jurul căruia se articulează totalitatea relaţiilor sociale dintre indivizii care fac parte din societate, îl constituie instituţia „căsătoriei”. Dar, înainte de

încheierea căsătoriei, poate avea loc „o promisiune reciprocă de a încheia căsătoria”, logodna, instituţie juridică de prezentarea căreia ne vom ocupa în cele ce urmează.

Vom continua şi cu alte prezentări privind: căsătoria, rudenia, filiaţia, autoritatea părintească şi obligaţiile de întreţinere, urmând ca în final să ne ocupăm de cele trei forme de încetare a căsătoriei: anularea căsătoriei, desfacerea căsătoriei prin divorţ şi încetarea căsătoriei prin decesul unuia sau ambilor soţi de care este legată o altă instituţie juridică, „moştenirea”.

3. *Logodna.* Potrivit art. 266 din Codul civil „… (1) Logodna este promisiunea reciprocă de a încheia căsătoria.

(2) Dispoziţiile privind condiţiile de fond pentru încheierea căsătoriei sunt aplicabile în mod corespunzător, cu excepţia avizului medical şi a autorizării instanţei de tutelă.

(3) Încheierea logodnei nu este supusă nici unei formalităţi şi poate fi dovedită cu orice mijloc de probă.

(4) Încheierea căsătoriei nu este condiţionată de încheierea logodnei.

(5) Logodna se poate încheia doar între bărbat şi femeie.”

Aşadar, logodna este definită (la art. 266 alin. 1, 4 şi 5 C. civ.) ca fiind o „promisiune reciprocă, între bărbat şi femeie, de a se căsători într-un viitor nedefinit prin lege, încheierea căsătoriei nefiind condiţionată de încheierea logodnei.

Logodna, care este o stare juridică premergătoare căsătoriei (a cărei încheiere nu este condiţionată de încheierea logodnei – art. 266 alin. 4 C. civ., dar având, totuşi, un scop comun „încheierea căsătoriei”) are trăsături împrumutate de la instituţia căsătoriei dar şi trăsături proprii şi

anume: este o uniune între două persoane de sex opus; se urmăreşte un scop comun – „încheierea căsătoriei”; este liber consimţită; are caracter consensual; nu este supusă nici unei formalităţi şi poate fi dovedită prin orice mijloc de probă – art. 266 alin. 3 C. civ.; se întemeiază pe principiul egalităţii în drepturi şi obligaţii ale persoanelor logodite. Cu alte cuvinte, aşa cum se subliniază în literatura juridică, prin încheierea logodnei nu se creează o familie, ci constituie doar o premisă a naşterii sale.

Logodna fiind definită ca o „promisiune reciprocă de a încheia căsătoria” – art. 266 alin. 1 C. civ., reprezintă „un acord de voinţe dintre două persoane” ale cărei naturi juridice nu mai au în prezent o valoare juridică imperativă, dar, spre deosebire de unii autori care consideră că logodna este un „simplu fapt juridic”, reprezintă, totuşi, un „act juridic *sui generis”* prin care logodnicii nu se obligă a încheia căsătoria (nu-şi asumă o obligaţie de rezultat), ci doar să stabilească între ei relaţii care, în final, să ducă la încheierea căsătoriei (adică o obligaţie de mijloace). De altfel, legiuitorul român a inclus în Codul civil şi texte prin care se reglementează, în mod explicit, şi unele obligaţii juridice în caz de rupere a logodnei.

În ceea ce priveşte actul „ruperii logodnei”, prin art. 267 C. civ. sunt prevăzute următoarele: „… (1) Logodnicul care rupe logodna nu poate fi constrâns să încheie căsătoria.

(2) clauza penală stipulată pentru ruperea logodnei este considerată nescrisă.

(3) Ruperea logodnei nu este supusă nici unei formalităţi şi poate fi dovedită cu orice mijloc de probă.”

Deci, indiferent de forma în care se încheie logodna (logodnicii nefiind împiedicaţi să imprime actului juridic civil al logodnei anumite forme

solemne: promisiunea de căsătorie în faţa martorilor; oficierea religioasă a logodnei; schimbul de daruri de logodnă; ospăţ; încheierea actului de logodnă în formă autentică notarială), aceasta poate fi oricând ruptă, logodnicii neputând include o clauză penală pentru ruperea logodnei – art. 267 alin. 2 C. civ., aceasta fiind considerată nescrisă. De altfel, nefiind un contract, logodna poate fi ruptă oricând, logodnicii neputând fi constrânşi să încheie căsătoria împotriva voinţei lor, atâta timp cât consimţământul la căsătorie trebuie să fie liber exprimat – art. 271 C. civ.

Dar, prin lege, sunt reglementate şi anumite efecte ale ruperii logodnei, cum sunt: „restituirea darurilor" – art. 268 C. civ. şi „răspunderea civilă pentru ruperea logodnei" – art. 269 C. civ.

Astfel, potrivit art. 268 din Codul civil „… (1) În cazul ruperii logodnei, sunt supuse restituirii darurile pe care logodnicii le-au primit în considerarea logodnei sau pe durata acesteia, în vederea căsătoriei, cu excepţia daturilor obişnuite.

(2) Darurile se restituie în natură sau, dacă aceasta nu mai este cu putinţă, în măsura îmbogăţirii.

(3) Obligaţia de restituire nu există dacă logodna a încetat prin moartea unuia dintre logodnici."

Prin art. 269 C. civ. se prevăd următoarele: „… (1) Partea care rupe logodna în mod abuziv poate fi obligată şi la despăgubiri pentru cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei, în măsura în care au fost potrivite cu împrejurările, precum şi orice alte prejudicii cauzate.

(2) Partea care, în mod culpabil, l-a determinat pe celălalt să rupă logodna poate fi obligată la despăgubiri în condiţiile alin. 1."

Ambele texte sus-menţionate (art. 268 şi art. 269 din Codul civil), care trebuie corelate, necesită

explicaţii suplimentare reflectate şi în literatura juridică.

Mai înainte de aceasta, considerăm că trebuie făcută o subliniere prealabilă şi anume, că aceste două texte trebuie corelate, ele fiind aplicabile, după caz, fie doar unul dintre ele, fie, de cele mai multe ori, împreună, adică atunci când ruperea logodnei a avut loc în mod abuziv, sau din culpa uneia dintre părţi, sunt aplicabile atât prevederile art. 268, cât şi ale art. 269, neexistând nici un motiv ca logodnicul abuziv sau culpabil să nu fie supus şi obligaţiei restituirii darurilor, alături cu răspunderea civilă pentru pagubele cauzate.

Trecând la o analiză separată a acestor două texte, vom reţine trăsăturile şi specificităţile respective, ale fiecăreia dintre ele.

În ceea ce priveşte „obligaţia de restituire a darurilor”, este de menţionat că aceasta este condiţionată de îndeplinirea numitor cerinţe şi anume: logodna să înceteze prin voinţa ambilor sau a unuia dintre logodnici, adică pe motive care depind de voinţa logodnicilor (obligaţia de restituire nu există atunci când logodna a încetat din motive independente de voinţa logodnicilor. Articolul 268 alin. 2 C. civ. nu menţionează decât unul dintre astfel de motive, moartea unuia dintre logodnici, dar, evident, acestea pot fi mai multe şi, desigur, astfel de cauze independente vor fi identificate în doctrină şi jurisprudenţă); logodnicii să fi primit daruri cu ocazia celebrării logodnei, fie în timpul logodnei, dar în vederea căsătoriei (ori de câte ori darurile nu au fost primite cu ocazia celebrării logodnei sau în vederea căsătoriei, nu se impune restituirea acestora; este vorba, aşadar, de daruri făcute fie cu ocazia celebrării logodnei, fie anterior acestui moment, dar ca o manifestare a bucuriei logodnei, ca o felicitare pentru hotărârea realizării logodnei, respectiv daruri făcute ulterior

logodnei dar nu în considerarea logodnei sau în vederea căsătoriei, cum ar fi daruri primite de sărbători sau al unei aniversări etc., care sunt daruri obişnuite nesupuse restituirii; să nu intre în categoria „darurilor obişnuite (art. 268 alin. 3 din Codul civil nu indică vreun element care să stea la baza calificării de „daruri obişnuite". În literatura juridică însă s-au exprimat mai multe opinii în această privinţă care completează insuficienţa textului. Astfel, s-a considerat că în această categorie trebuie să fie clasate darurile cu valoare redusă, întrucât scopul legii este acela de a proteja doar darurile cu valoare semnificată cum ar fi: imobilele, autoturismele, bijuteriile de valoare care sunt rare ori unicat, tablourile de valoare, acţiunile bine cotate la bursele de valori şi altele asemenea. S-a mai făcut sublinierea că pentru ca un dar să poată fi calificat ca fiind obişnuit trebuie să aibă în vedere atât contextul în care a fost oferit, cât şi starea materială a persoanelor în cauză. Alţi autori au ales calea unor definiţii mai generale, cu caracter abstract, susţinând că în categoria daturilor obişnuite intră „darurile manuale", specie a contractului de donaţie, care, prin derogare de la regula formei autentice, este valabil încheiat prin faptul „remiterii bunului". Această din urmă definiţie nu o considerăm a fi de folos pentru că, după cum se ştie, remiterea poate consta şi într-o sumă mare de bani, bijuterii de valoare, un tablou de valoare etc., deci acest element de caracterizare ar duce la confuzii în practica judiciară.

Restituirea darurilor se poate cere atât de către logodnici, cât şi de către terţii care au făcut daruri logodnicilor, cu ocazia celebrării căsătoriei sau în timpul logodnei, dar numai în măsura în care s-a avut în vedere realizarea căsătoriei.

În ceea ce priveşte „răspunderea civilă pentru ruperea logodnei", potrivit art. 269 C. civ. „… (1)

Partea care rupe logodna în mod abuziv poate fi obligată la despăgubiri pentru cheltuielile făcute sau contractate în vederea căsătoriei, în măsura în care au fost potrivite cu împrejurările, precum şi pentru orice alte prejudicii cauzate.

(2) Partea care, în mod culpabil, l-a determinat pe celălalt să rupă logodna poate fi obligată la despăgubiri în condiţiile alin. 1."

Din textul sus-menţionat rezultă că repararea prejudiciului cade în sarcina logodnicului „care rupe abuziv logodna" (art. 269 alin. 1 C. civ.), dar răspunderea poate fi antrenată şi în sarcina persoanei care „în mod culpabil determină pe celălalt logodnic să pună el capăt logodnei" (art. 269 alin. 2 C. civ.).

Mai trebuie adăugat, însă, că despăgubirile prevăzute de art. 269 C. civ. „pot fi cumulate şi cu obligaţia de restituire a darurilor" prevăzută la art. 268 C. civ.

În determinarea „caracterului abuziv" al ruperii logodnei sau al „modului culpabil de determinare a ruperii logodnei de către celălalt logodnic" se ţine seama de: „caracterul intenţional" (intenţia de a rupe abuziv logodna sau a determina culpabil pe celălalt logodnic să o rupă); „caracterul temporal" (durata de timp a logodnei, de exemplu o logodnă ruptă la scurt timp supă încheierea ei; ruperea logodnei cu puţin timp înainte de data stabilită pentru încheierea căsătoriei, după o convieţuire faptică a logodnicilor o perioadă îndelungată de timp, după ce au fost distribuite invitaţiile de nuntă); „elementul material" (de exemplu, ruperea logodnei după ce au fost efectuate cheltuieli de pregătire a nunţii), infidelitatea constituie, de regulă, o cauză a ruperii abuzive a logodnei.

La baza despăgubirilor prevăzute de art. 269 C. civ. stă *„principiul răspunderii civile delictuale*

pentru fapta proprie", instituit prin art. 1357 alin. 1 C. civ.

Despăgubirile constau în plata, de către partea aflată în culpă, a unor sume de bani reprezentând cheltuielile făcute sau contractate în scopul încheierii în viitor a căsătoriei (care pot variate: rezervarea sălii unde va avea loc ceremonia sau petrecerea; achiziţionarea de bunuri mobile pentru mobilarea sau decorarea unei locuinţe pentru viitorii soţi; rezervare muzică; cheltuieli cu îmbrăcămintea viitorilor miri, etc.).

Dar, pe lângă „pagube materiale" cauzate de ruperea abuzivă a logodnei sau determinarea culpabilă a ruperii logodnei, prin ruperea logodnei pot fi cauzate şi un alt tip de prejudicii, cele fără caracter economic, zise „daune morale", suferite ca urmare a atingerii aduse demnităţii, onoarei şi chiar sănătăţii fizice şi psihice a logodnicului inocent, pagube care urmează a fi acoperite prin acordarea de despăgubiri morale.

Repararea prejudiciilor cade în sarcina logodnicului care a rupt abuziv logodna sau care a determinat, în mod culpabil, pe celălalt logodnic să pună capăt logodnei, iar acţiunea în răspundere civilă delictuală aparţine logodnicului inocent sau terţilor.

Acţiunea în despăgubire trebuie formulată în termen de un an şi curge de la data ruperii logodnei, acest termen de prescripţie fiind însă susceptibil de suspendare, întrerupere şi repunere în termen (situaţii juridice derogatorii de la termenul general de prescripţie, dar trebuie să se ţină seama şi de cazurile când regulile generale de prescripţie nu sunt derogatorii – de exemplu, cazul la care se referă art. 2506 alin. 1 C. civ., coroborat cu art. 2512 alin. 1 şi 2 C. civ.).

Prescripţia poate fi invocată numai în prima instanţă (prin întâmpinare sau, în lipsă, cel mai

târziu la primul termen de judecată când părţile sunt legal citate). Ulterior acestui moment, partea interesată să invoce prescripţia este decăzută din dreptul de a o invoca – art. 2513 C. civ.

Căsătoria

1. *Căsătoria.* Familia, în calitate de celulă fundamentală a societăţii, are dreptul la protecţie juridică, economică şi socială corespunzătoare în vederea asigurării deplinei sale dezvoltări.

Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimţită între soţi, pe egalitatea acestora şi pe dreptul şi îndatorirea părinţilor de a asigura creşterea, educaţia şi instruirea copiilor.

a) În Convenţia internaţională cu privire la drepturile civile şi politice, adoptată de Adunarea generală a Organizaţiei Naţiunilor Unite la 16 decembrie 1966, la art. 23, sunt prevăzute următoarele: „(1) Familia este elementul natural şi fundamental al societăţii şi are drept la ocrotire din partea societăţii şi a statului.

(2) Dreptul de a se căsători şi de a întemeia o familie este recunoscut bărbatului şi femeii, începând de la vârsta nubilă (aptă de a procrea).

(3) Nicio căsătorie nu va putea fi încheiată fără consimţământul liber şi deplin al viitorilor soţi.

(4) Statele părţi la prezenta Convenţie vor lua măsurile potrivite pentru a asigura egalitatea în drepturi şi răspunderi a soţilor în privinţa căsătoriei, în timpul căsătoriei şi atunci când ea se desface. În cazul desfacerii, se vor lua măsuri pentru a asigura copiilor ocrotirea necesară”.

b) În Convenţia europeană pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăţilor fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950, la art. 12, se prevede că „Începând cu vârsta stabilită prin lege, bărbatul şi femeia au dreptul de a se căsători şi de a întemeia o familie conform legislaţiei naţionale ce reglementează acest drept”.

c) În Carta socială europeană, semnată la Torino, la 18 octombrie 1961 (şi revizuită la Strasbourg, la 3 mai 1996), la punctul 16, se prevăd următoarele: „Familia, în calitate de celulă fundamentală a societăţii, are dreptul la o protecţie socială, juridică şi economică corespunzătoare în vederea asigurării deplinei sale dezvoltări”.

d) În Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, publicată în anul 2007, la art. 9 se prevăd următoarele: „Dreptul la căsătorie şi dreptul de a întemeia o familie sunt garantate în conformitate cu legile interne care reglementează exercitarea acestor drepturi”.

e) În Constituţia României, la art. 48, sunt prevăzute următoarele: „(1) Familia se întemeiază pe căsătoria liber consimţită între soţi, pe egalitatea acestora şi pe dreptul şi îndatorirea părinţilor de a asigura creşterea, educaţia şi instruirea copiilor.

(2) Condiţiile de încheiere, de desfacere şi de nulitate a căsătoriei se stabilesc prin lege. Căsătoria religioasă poate fi celebrată numai după căsătoria civilă (credem că acest text este defectuos, în mod corect trebuind să se facă doar precizarea că în ceea ce priveşte căsătoria religioasă aceasta nu produce efecte juridice).

(3)Copiii din afara căsătoriei sunt egali în faţa legii cu cei din căsătorie”.

Problemele juridice care privesc „familia”, în general, pot fi clasificate în câteva mari categorii: încheierea căsătoriei prin intermediul căreia se

întemeiază familia; drepturile şi îndatoririle personale ale soţilor; regimul matrimonial; autoritatea părintească; rudenia; încetarea căsătoriei; obligaţia de întreţinere.

Vom face, în continuare, o mai amplă prezentare a fiecăreia din aceste categorii de situaţii juridice legate de formarea şi încetarea căsătoriei, astfel cum sunt ele reglementate în noul Cod civil român, şi cum au fost reflectate în jurisprudenţa română.

I. *Încheierea căsătoriei*

Încheierea căsătoriei în vederea formării unei familii este supusă unor condiţii de fond, dar şi unor formalităţi.

1) *În ceea ce priveşte şi în legătură cu condiţiile de fond* ce trebuie a fi îndeplinite pentru a se încheia căsătoria în mod valabil, acestea sunt: a) consimţământul la căsătorie; b) vârsta matrimonială; c) interzicerea bigamiei; d) interzicerea căsătoriei între rude; e) interzicerea căsătoriei între tutore şi persoana minoră; f) interzicerea căsătoriei în cazul alienatului mintal şi debilului mintal; g) interzicerea sau echivalarea unor forme de convieţuire cu căsătoria.

a) *Consimţământul la căsătorie.* Potrivit art. 271 din noul Cod civil „căsătoria se încheie între bărbat şi femeie prin consimţământul personal şi liber al acestora”. Consimţământul nu poate fi exprimat prin reprezentant, căsătoria fiind un act juridic civil ce nu poate fi încheiat decât personal de părţi, nu prin reprezentare. Ca atare, consimţământul se exprimă în faţa delegatului de

stare civilă, chiar în momentul încheierii căsătoriei, personal de către fiecare dintre viitorii soţi.

Consimţământul se manifestă prin răspunsul afirmativ la întrebările delegatului de stare civilă, adresate fiecăruia dintre viitorii soţi, în sensul dacă vor să se căsătorească unul cu celălalt. Consimţământul viitorilor soţi se exprimă simultan, ceea ce presupune prezenţa ambilor viitori soţi în faţa delegatului de stare civilă, iar exprimarea sa se constată direct de către ofiţerul de stare civilă.

Pentru a fi valabilă căsătoria, consimţământul nu trebuie să fi fost viciat prin „eroare, dol sau violenţă”: eroarea constituie viciu numai dacă poartă asupra identităţii fizice a celuilalt viitor soţ nu şi asupra identităţii sale civile (de exemplu, unul dintre viitorii soţi nu a ştiut că celălalt este divorţat sau că este un copil din afara căsătoriei, ori că a crezut că aparţine unei anumite familii); dolul presupune folosirea unor manopere dolosive de unul dintre viitorii soţi în scopul de a-l determina pe celălalt să încheie căsătoria ori omisiunea unuia dintre viitorii soţi care, în mod fraudulos, nu l-a informat pe celălalt asupra unor împrejurări pe car se cuvenea să i le dezvăluie. Dolul trebuie să poarte asupra unor calităţi esenţiale ale viitorului soţ sau asupra unor aspecte esenţiale în privinţa cărora exista obligaţia informării pe care, dacă le-ar fi cunoscut viitorul soţ inocent, nu ar fi încheiat căsătoria (de exemplu, starea de sănătate a acestuia. Nu constituie însă o calitate necesară starea materială a viitorului soţ); violenţa presupune constrângerea fizică sau psihică exercitate asupra unuia sau ambilor viitori soţi în scopul încheierii căsătoriei. Temerea reverenţioasă, adică respectul datorat părinţilor ori altor ascendenţi, nu reprezintă un viciu de consimţământ la căsătorie. Violenţa presupune

luarea în considerare a unor aspecte cum ar fi vârsta, starea de sănătate, caracterul persoanei asupra căreia se exercită actele de violenţă, alte împrejurări care pot influenţa persoana la momentul la care îşi exprimă consimţământul.

În literatura juridică se face sublinierea că, atunci când unul dintre viitorii soţi (sau ambii) se află în imposibilitate de a vorbi (adică este mut sau surdomut), sau când unul sau ambii viitori soţi vorbesc o limbă pe care nu o cunoaşte delegatul de stare civilă, este necesară prezenţa unui interpret, încheindu-se un proces-verbal în acest sens.

Căsătoria încheiată cu încălcarea prevederilor art. 271 din noul Cod civil român este lovită de nulitate absolută (art. 293 din noul Cod civil).

În mod natural jurisprudenţa română referitoare la îndeplinirea condiţiei de fond privind validitatea căsătoriei este axată în principal pe „viciile de consimţământ".

Vom reda câteva astfel de soluţii, în special referitoare la dol, din practica judiciară preluate din diferite publicaţii. Astfel, într-o speţă s-a decis că faţă de faptul că anterior căsătoriei, părţile au trăit într-un concubinaj notoriu timp de 3 ani şi că pe o perioadă de 2 ani concubinul şi-a prezentat concubina rudelor şi cunoştinţelor ca viitoare soţie şi că era de acord să aibă un copil cu aceasta, precum şi de experienţa de viaţă a concubinului, care este mai în vârstă cu 13 ani faţă de concubina sa, că a mai fost căsătorit şi are 2 copii, nu se poate conchide că pretinsele afirmaţii ale concubinei în sensul că este însărcinată şi că dacă nu acceptă căsătoria o va avea pe conştiinţă atât pe ea, cât şi pe copilul conceput, pot fi apreciate ca mijloace viclene de natura şi gravitatea celor care să-l fi determinat pe concubin să consimtă la încheierea căsătoriei.

Într-o altă speţă s-a decis că, întrucât la încheierea căsătoriei consimţământul unuia dintre viitorii soţi a fost viciat prin violenţa exercitată de tată acestuia, căsătoria este lovită de nulitate absolută.

În practica judiciară s-a mai considerat că există vicierea consimţământului prin dol: atunci când starea de graviditate rezultată din relaţiile avute înainte de căsătorie a fost ascunsă; când a fost ascunsă o boală gravă, incompatibilă cu desfăşurarea normală a vieţii de familie; când s-a ascuns de către femeie neputinţa maladivă de a avea copii ori de către bărbat neputinţa maladivă de a realiza actul sexual.

b) *Vârsta matrimonială.* Potrivit art. 272 din noul Cod civil român „(1) Căsătoria se poate încheia dacă viitorii soţi au împlinit vârsta de 18 ani.

(2) Pentru motive temeinice, minorul care a împlinit vârsta de 16 ani se poate căsători în temeiul unui aviz medical, cu încuviinţarea părinţilor săi sau, după caz, a tutorelui şi cu autorizarea instanţei de tutelă în a cărei circumscripţie minorul îşi are domiciliul. În cazul în care unul dintre părinţi refuză să încuviinţeze căsătoria, instanţa de tutelă hotărăşte şi asupra acestei divergenţe, având în vedere interesul superior al copilului.

(3) Dacă unul dintre părinţi este decedat sau se află în imposibilitate de a-şi manifesta voinţa, încuviinţarea celuilalt părinte este suficientă.

(4) De asemenea, în condiţiile art. 398 (exercitarea autorităţii părinteşti de către un singur părinte) este suficientă încuviinţarea părintelui care exercită autoritatea părintească.

(5) Dacă nu există nici părinţi, nici tutore care să poată încuviinţa căsătoria, este necesară

încuviinţarea persoanei sau a autorităţii care a fost abilitată să exercite drepturile părinteşti."

Deci, sintagma „vârstă matrimonială" se referă la vârsta de 16 ani împliniţi, atât pentru bărbaţi cât şi pentru femei, spre deosebire de „vârsta majoratului" care este de 18 ani şi care reprezintă regula, ca principiu, pentru ca o persoană să se poată căsători (de subliniat că, potrivit art. 23 alin. 2 din Convenţia internaţională cu privire la drepturile civile şi politice din 16 decembrie 1966, „dreptul la căsătorie… este recunoscut… începând cu vârsta nubilă" – aptă de a procrea). „Vârsta matrimonială" este singura excepţie de la regulă, în astfel de cazuri fiind puse anumite condiţii (să existe motive temeinice; un aviz medical; încuviinţarea părinţilor, tutorelui, persoanei sau autorităţii abilitate să exercite drepturile părinteşti).

Instanţa de tutelă este judecătoria în a cărei rază teritorială îşi are domiciliul minorul care doreşte să se căsătorească. Cererea de autorizare se soluţionează cu ascultarea obligatorie a minorului – conform art. 264 din noul Cod civil român –, asistat de reprezentantul său legal (întrucât la 16 ani este o persoană cu capacitate de exerciţiu restrânsă), în cadrul unei proceduri necontencioase, pronunţându-se printr-o încheiere în şedinţă publică, supusă numai căii de atac a recursului ce se judecă în camera de consiliu, conform art. 336 alin. 5 din Codul de procedură civilă.

În ceea ce priveşte cele trei condiţii cerute a fi îndeplinite pentru ca minorul de 16 ani să se poată căsători, în literatura juridică s-au făcut unele precizări.

Prin „motive temeinice" se înţeleg: starea de graviditate a femeii (ceea ce infirmă prezumţia de pubertate, în practica medicală constatându-se că există capacitate de a procrea şi la vârsta de 11–12

ani), relaţiile intime notorii ale bărbatului cu femeia cu care vrea să se căsătorească, naşterea unui copil de către femeia care vrea să se căsătorească, faptul că femeia a fost victima unui viol şi doreşte să se căsătorească cu autorul violului.

Avizul medicului are menirea de a atesta starea de sănătate a minorului care doreşte să se căsătorească, având vârsta de 16 ani şi anume: gradul de maturitate fiziologică, psihică, intelectuală (elemente care asigură exprimarea consimţământului liber, care să permită asumarea îndatoririlor specifice căsătoriei, cu toate consecinţele care decurg din încheierea actului juridic al căsătoriei). Un astfel de aviz medical este prealabil încuviinţării părinţilor sau tutorelui. Deci, nu este suficientă existenţa capacităţii de a procrea, ci aceasta trebuie însoţită şi o capacitate de asumare a obligaţiilor căsătoriei.

Este admisă, însă, pentru motive temeinice, să fie prezentate certificate medicale privind starea sănătăţii, atunci când unul dintre soţi se află în imposibilitate de a se deplasa la serviciul public comunitar local de evidenţă a persoanelor sau, după caz, al primăriei competente pentru a face declaraţia de căsătorie (art. 45 alin. 2 din Metodologia cu privire la aplicarea unitară a dispoziţiilor în materie de stare civilă, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 64/2011, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 151/2011).

Consimţământul dat de părinţi, tutore, alte persoane sau autorităţi abilitate să exercite drepturile părinteşti se exprimă, de regulă, printr-o declaraţie în faţa ofiţerului de stare civilă competent să încheie căsătoria, odată cu încheierea căsătoriei. Dacă părinţii ori tutorele locuiesc în altă localitate decât cea în care se încheie căsătoria, încuviinţarea se dă la „Serviciul public comunitar

local de evidenţa persoanelor" (SPCLEP) sau, după caz, la primăria de domiciliu a acestora, care o vor înainta de îndată la SPCLEP sau, după caz, primăriei competente pentru încheierea căsătoriei (art. 46 alin. 1 din Metodologie).

Dacă persoana chemată să-şi dea încuviinţarea legală se află în străinătate, poate să-şi exprime consimţământul printr-o declaraţie autentificată dată în faţa unui notar de la locul unde se află sau a reprezentantului diplomatic sau consulat al României din ţara respectivă.

În literatura juridică s-a făcut sublinierea că aceste trei condiţii, menţionate mai înainte, nu trebuie îndeplinite de minorul care a dobândit capacitate de exerciţiu deplină ca efect al unei căsătorii anterioare, desfăcute sau anulate. De asemenea, în ceea ce-l priveşte pe minorul căruia i s-a recunoscut capacitatea anticipată de exerciţiu (în baza prevederilor art. 40 din noul Cod civil român) s-a exprimat o părere similară în sensul că acesta, odată recunoscută capacitatea de exerciţiu, va putea încheia singur o căsătorie, ca de altfel orice alt act juridic civil, fără a avea nevoie de încuviinţările şi autorizaţiile prevăzute de lege (potrivit art. 40 din noul Cod civil „Pentru motive temeinice, instanţa de tutelă poate recunoaşte minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exerciţiu – emanciparea, în care scop vor fi ascultaţi şi părinţii sau tutorele minorului, luându-se, când este cazul, şi avizul consiliului de familie). Este adevărat, însă, că s-a exprimat şi părerea contrară, în sensul că minorul care a dobândit capacitate de exerciţiu anticipată, are, totuşi, nevoie de încuviinţarea părinţilor sau, după caz, a tutorelui, a persoanei sau autorităţii abilitate să exercite drepturile părinteşti, pentru a se putea căsători.

Prin lege (art. 272 C. civ.) este stabilită doar vârsta minimă a viitorilor soţi, nu şi vârsta până la

care se poate încheia o căsătorie, aşa încât, în practică, aceasta se poate realiza până la orice vârstă, chiar şi foarte înaintată. Nu este exclusă nici căsătoria în „extremis vitae" (adică în pragul morţii), fiind întâlnite astfel de cazuri, mai ales când este vorba de situaţii în care se urmăreşte legalizarea unor stări de fapt preexistente (de exemplu, concubinaje) de lungă durată. În doctrina franceză se vorbeşte chiar şi de posibilitatea unor căsătorii postume (adică, atunci când unul dintre viitorii soţi decedează mai înainte de încheierea căsătoriei), atâta vreme cât consimţământul viitorilor soţi a fost exprimat în mod neechivoc şi au fost îndeplinite formalităţile necesare încheierii căsătoriei. Astfel de căsătorii sunt autorizate de preşedintele republicii, pentru motive grave, nu produc consecinţe matrimoniale şi nici nu creează drepturi succesorale.

Prin lege nu este stabilită nicio diferenţă de vârstă maximă între viitorii soţi, existând însă o prezumţie de fictivitate atunci când această diferenţă ar fi prea mare.

Încheierea căsătoriei de către un minor care nu a împlinit vârsta de 16 ani este lovită de „nulitate absolută" (art. 294 alin. 1 C. civ.), nulitate care, însă, poate fi acoperită dacă până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de constatare a nulităţii, ambii soţi au împlinit vârsta de 18 ani sau dacă soţia a rămas însărcinată ori a născut un copil, în acest ultim caz nulitatea fiind acoperită chiar şi în situaţia când numai viitorul soţ a împlinit vârsta de 18 ani.

Căsătoria încheiată fără încuviinţarea părinţilor, tutorilor şi, respectiv, după caz, autorizarea instanţei de tutelă, este lovită de „nulitate relativă", anulabilitatea putând fi invocată doar de cel a cărui încuviinţare era necesară (art. 297 C. civ.).

În jurisprudenţa română şi a Curţii Europene a Drepturilor Omului sunt abordate câteva situaţii legate de încheierea căsătoriei care merită a fi luate în considerare. Astfel, s-a decis că obligaţia de a respecta vârsta legală la căsătorie constituie refuz al recunoaşterii dreptului la căsătorie, chiar dacă religia părţilor interesate autorizează căsătoria la o vârstă inferioară celei legal prevăzute.

Într-o altă speţă s-a făcut sublinierea că din prevederile art. 12 din Convenţia europeană rezultă că dreptul la căsătorie nu include în conţinutul său şi dreptul la căsătorie postumă, care poate fi dorită de persoana supravieţuitoare.

În privinţa întregirii normelor privind procedura necontencioasă (în cadrul cererii de autorizare care se soluţionează de instanţa de tutelă) cu cele de procedură contencioasă referitoare la publicitatea şedinţelor de judecată s-a decis că, întrucât publicitatea dezbaterilor reprezintă unul dintre principiile de bază ale procedurii judiciare consacrat în mai multe documente internaţionale ratificate de România, acest principiu nu este potrivnic dispoziţiilor generale privitoare la procedurile necontencioase prevăzute de Codul de procedură civilă, el aplicându-se şi acestor proceduri, cu excepţia cazurilor când legea dispune altfel. Aşa încât, chiar dacă recursul declarat împotriva încheierii prin care se încuviinţează cererea necontencioasă se judecă în camera de consiliu. Fiind vorba de o excepţie în raport cu principiul publicităţii, această excepţie nu poate fi extinsă sau aplicată prin analogie la judecata în primă instanţă a cererilor respective. Deoarece în cadrul dispoziţiilor generale privitoare la procedurile necontencioase nu există nicio normă derogatorie cu privire la judecarea cererilor în camera de consiliu, cu excepţia căii de atac a recursului, care urmează regulile prevăzute la art. 336 alin. 5 C. pr. civ.

normă procedurală de strictă interpretare, cererile necontencioase trebuie judecate în primă instanţă în şedinţă publică, potrivit art. 121 alin. 1 C. pr. civ. afară de cazurile când legea prevede altfel.

În legătură cu condiţiile de fond necesare a fi îndeplinite pentru încheierea căsătoriei, sunt prevăzute şi unele „interdicţii de căsătorie" şi anume: interdicţia bigamiei (căsătoria cu mai mulţi soţi); interzicerea căsătoriei între rude; interzicerea căsătoriei între tutore şi persoana minoră; alienaţia şi debilitatea mintală; interzicerea sau echivalarea unor forme de convieţuire cu căsătoria.

Bigamia. Potrivit art. 273 din noul Cod civil român „Este interzisă încheierea unei noi căsătorii de către o persoană care este deja căsătorită".

Codul civil român consacră „principiul monogamiei" potrivit căruia se poate căsători numai o persoană care nu este căsătorită, este divorţată sau văduvă, fiind interzisă „poligamia" (căsătoria unui bărbat cu mai multe femei) sau „poliandria" (căsătoria unei femei cu mai mulţi bărbaţi), situaţii întâlnite în lumea asiatică, arabă şi africană.

Încălcarea acestei interdicţii se sancţionează cu desfiinţarea următoarelor căsătorii (art. 293 C. civ.), iar din punct de vedere penal constituie infracţiune (art. 303 C. pen.).

Principiul „monogamiei" este promovat mai cu seamă în legislaţiile din spaţiul european şi american, aici el fiind considerat ca o regulă a societăţii civilizate, o căsătorie întemeiată pe dragoste neputând fi decât monogamă.

Principiul monogamiei este de „ordine publică", încheierea unei căsătorii cu încălcarea acestei interdicţii fiind sancţionată cu „nulitate absolută" (art. 293 alin. 1 C. civ.).

În jurisprudenţa CEDO şi jurisprudenţa română referitoare la interdicţia bigamiei s-au pronunţat câteva hotărâri care trebuie avute în vedere. Astfel, s-a decis că protecţia vieţii familiale, prevăzută la art. 8 din Convenţia europeană se extinde şi asupra familiei constituite altfel decât potrivit tradiţiei europene, cu condiţia să fie recunoscută de legea naţională. Într-o astfel de ipoteză, chiar dacă nu există obligaţia de recunoaştere a familiei constituite prin poligamie, relaţiile de familie dintre membrii unei astfel de uniuni există în substanţa lor, existând şi beneficiind, de exemplu, de o obligaţie de protecţie în cadrul relaţiei familiale dintre un străin poligam şi toţi copiii săi.

De asemenea, s-a mai subliniat că prin art. 12 din Convenţia europeană este garantat dreptul fundamental pentru un bărbat sau femeie de a se căsători şi întemeia o familie. Exercitarea acestui drept antrenează consecinţe de ordin personal, social şi juridic. El este condiţionat de legile naţionale ale statelor, dar limitările care pot rezulta de aici nu trebuie să restrângă sau să reducă dreptul în cauză într-o modalitate sau într-o proporţie care să prejudicieze însăşi substanţa acestuia.

Într-o speţă s-a decis că nulitatea căsătoriei prevăzută la art. 293 şi 273 din noul Cod civil, are ca scop apărarea principiului monogamiei căsătoriei, astfel că cea de a doua căsătorie este lovită de nulitate. Nulitatea nu se acoperă prin încetarea cauzei ci după încheierea căsătoriei, ceea ce înseamnă că cea de a doua căsătorie este lovită de nulitate, chiar dacă prima căsătorie a fost desfăcură prin divorţ după data încheierii celei de a doua căsătorii, până la constatarea nulităţii acesteia. Ca efect al nulităţii căsătoriei, soţii vor redobândi numele avut anterior încheierii căsătoriei.

Într-o altă speţă s-a decis că nesocotirea interdicţiei legale în temeiul căreia este interzisă căsătoria persoanei căsătorite este sancţionată cu nulitatea absolută a ultimei căsătorii, dar soţul care a fost de bună-credinţă la încheierea acesteia păstrează, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de constatare a nulităţii, situaţia unui soţ dintr-o căsătorie valabilă. Buna-credinţă nu poate fi însă invocată decât de soţul inocent, deoarece, altminteri, ar însemna să se recunoască soţului bigam, deci unei persoane care s-a făcut vinovată de un act contrar legii, dreptul de a dovedi că a comis cu bună-credinţă o ilegalitate, în ignoranţa legii sau necunoaşterea căsătoriei sale anterioare. Or, atare situaţii sunt inadmisibile şi inacceptabile, săvârşirea unui act ilicit constituind prin el însuşi o manifestare tipică caracterizată prin lipsă de bună-credinţă.

O soluţie similară a fost adoptată şi într-o altă speţă în care şi soţia căsătorită cu o persoană bigamă se află în aceeaşi poziţie subiectivă de rea-credinţă, neavând nicio relevanţă faptul că, după o convieţuire de 8 luni, prima soţie a fost alungată de soţ.

Interzicerea căsătoriei între rude. Potrivit art. 274 din Codul civil „(1) Este interzisă încheierea căsătoriei între rudele în linie dreaptă, precum şi între cele în linie colaterală până la al patrulea grad inclusiv.

(2) Pentru motive temeinice, căsătoria între rudele în linie colaterală de gradul al patrulea poate fi autorizată de instanţa de tutelă în a cărei circumscripţie îşi are domiciliul cel care cere încuviinţarea. Instanţa se va putea pronunţa pe baza unui aviz medical special dat în acest sens.

(3) În cazul adopţiei, dispoziţiile alin. (1) şi (2) sunt aplicabile atât între cei care au devenit rude

prin adopţie, cât şi între cei a căror rudenie firească a încetat prin efectul adopţiei".

Interdicţia căsătoriei între rude, prevăzută la art. 274 alin. 1, are în vedere *rudenia firească de sânge,* care se deosebeşte de *rudenia prin alianţă* şi *rudenia prin adopţie*.

În ce priveşte rudenia de sânge, este oprită căsătoria între rudele în linie dreaptă, indiferent de gradul de rudenie, de exemplu între tată şi fiică sau bunic şi fiică, precum şi între cele în linie colaterală până la gradul IV inclusiv, de exemplu, între unchi şi nepoată, mătuşă şi nepot.

În cazul adopţiei se interzice atât căsătoria între persoanele devenite rude prin adopţie (adoptator şi ascendenţii săi şi adoptat sau descendenţii săi; copiii adoptatorului şi cel adoptat sau copiii acestuia; persoanele adoptate de acelaşi părinte adoptiv), cât şi căsătoria între persoanele a căror rudenie firească a încetat prin efectul adopţiei. În literatura juridică se face sublinierea că adopţia cu efecte depline are drept rezultat încetarea efectelor juridice ale rudeniei fireşti, dar nu şi legătura de sânge faţă de familia de origine, rudenia firească păstrându-şi relevanţa ca impediment la căsătorie.

În ceea ce priveşte persoanele devenite rude prin alianţă, căsătoria nu este interzisă.

Pentru motive temeinice, căsătoria între rudele în linie colaterală de gradul IV (rude de sânge, persoane devenite rude prin adopţie, persoane a căror rudenie firească a rezultat din adopţie) poate fi autorizată de instanţa de tutelă în a cărei circumscripţie îşi are domiciliul cel care solicită încuviinţarea, instanţa pronunţându-se pe baza unui aviz medical special dat în acest sens.

Interzicerea căsătoriei între tutore şi persoana minoră. Potrivit art. 275 din noul Cod civil român

„Căsătoria este oprită între tutore şi persoana minoră care se află sub tutela sa”.

Considerentele pentru care este oprită căsătoria în timpul tutelei (între tutore şi persoana minoră care se află sub tutela sa) sunt preponderent de ordin moral, tutorele nefiind întotdeauna o rudă a minorului, ci doar un afin (rudă prin alianţă), un prieten al familiei minorului, o persoană de încredere desemnată de familie.

Potrivit art. 26 din Legea nr. 71/2011, existenţa tutelei constituie o cauză de „nulitate relativă” a căsătoriei.

Alienaţia şi debilitatea mintală. Potrivit art. 276 din Codul civil român „Este interzis să se căsătorească alienatul şi debilul mintal”.

Conform art. 211 din Legea nr. 71/2011, prin expresiile „alienaţie mintală” sau „debilitate mintală” se înţelege o boală psihică sau un handicap psihic ce determină incompetenţa psihică a persoanei de a acţiona critic şi predictiv privind consecinţele social-juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor şi obligaţiilor civile.

În cazul alienatului şi al debilului mintal căsătoria este interzisă dintr-un dublu motiv: aceştia nu-şi pot exprima un consimţământ valabil şi, de asemenea, există şi riscul naşterii unor copii cu deficienţe psihice.

Aşa cum se subliniază în literatura juridică, noul Cod civil nu interzice căsătoria realizată de o persoană care este lipsită, doar vremelnic, de facultăţile mintale. Aceasta înseamnă că o astfel de persoană nu poate încheia o căsătorie în momentele în care este lipsită de discernământ, deci, a contrario, în perioadele în care au discernământ aceste persoane pot încheia o căsătorie valabilă. Starea de alienare sau debilitate mintală (datorită unor cauze pasagere precum

boala, beţia, hipnoza, drogarea etc.) trebuie să existe la momentul încheierii căsătoriei.

Sancţiunea încălcării acestei interdicţii este „nulitatea absolută" (art. 293 alin. 1 C. civ.), fără a se face vreo distincţie după cum alienatul sau debilul mintal este sau nu pus sub interdicţie. Nulitatea absolută operează chiar dacă starea de boală psihică a fost cunoscută şi acceptată de către soţ.

În această privinţă se face o distincţie subtilă între „alienarea sau debilitatea mintală cu specific biologic" şi „stările pasagere de alienare şi debilitate mintală" care se datorează unor cauze pasagere cum ar fi, de exemplu: o boală fără caracter psihic, beţia, hipnoza, drogarea etc. În primul caz (alienarea sau debilitatea mintală biologică) nulitatea absolută operează fără a se deosebi dacă alienatul sau debilul mintal este sau nu pus sub interdicţie sau dacă se încheie căsătoria în „momente de luciditate pasagere" (de reţinut diferenţierea făcută între „lipsirea vremelnică de facultăţi mintale" şi „stările de luciditate pasagere"). Esenţa este, în acest prim caz, să se stabilească dacă, datorită bolii psihice de care suferă o anumită persoană, face parte din categoria celor ce nu pot încheia căsătoria, chiar dacă la data încheierii s-ar afla într-un moment de luciditate. Aceasta întrucât alienaţii şi debilii mintali nu se pot căsători, nu numai pentru că starea lor exclude manifestarea unui consimţământ liber, ci şi pentru consideraţiuni de ordin biologic, caz în care interdicţia căsătoriei îşi are explicaţia în finalitatea urmărită de lege, inclusiv pentru a se asigura în cadrul căsătoriei raporturi de convieţuire normale şi, cu precădere, pentru înlăturarea posibilităţii procreării unor copii cu deficienţe psihice. În această circumstanţă, nulitatea absolută care sancţionează căsătoria nu poate fi înlăturată, ea fiind justificată printr-un interes de ordin social.

Or, în astfel de cazuri, nici faptul că soţul a cunoscut anterior căsătoriei existenţa stării de alienaţie sau debilitate mintală este lipsit de relevanţă, sancţiunea nulităţii absolute neputând fi înlăturată în nici un mod.

Cu totul alta este situaţia juridică a celui care ocazional sau temporar nu are luciditatea necesară (este lipsit vremelnic de facultăţile mintale datorită unei boli pasagere, hipnoză, drogat şi alte situaţii similare), când nu este vorba, aşadar, de o cauză biologică cu caracter definitiv, chiar dacă cu intervale periodice de luciditate. În astfel de situaţii nu putem vorbi de alienaţie sau debilitate mintală ci doar de perioade vremelnice de lipsă de luciditate, situaţii în care nu şi-ar avea rostul o interdicţie de căsătorie, ci doar de o împiedicare de a contracta căsătoria când persoana în cauză s-ar afla într-o stare temporară de lipsă de luciditate (discernământ).

În practica judiciară română au fost bine conturate astfel de situaţii juridice diferite, subliniindu-se necesitatea ca starea de alienaţie sau debilitate mintală a celor care doresc să se căsătorească să fie constatată printr-un certificat medical eliberat la momentul încheierii căsătoriei.

Într-o speţă s-a decis că lipsa discernământului constituie, într-adevăr, o cauză care împiedică formarea consimţământului din cauza unei maladii psihice sau a vârstei, atrăgându-se nulitatea absolută a căsătoriei. Dar, în condiţiile în care, potrivit concluziilor certificatului medico-legal, întocmit cu mai puţin de 2 înainte de încheierea căsătoriei, reclamantul avea discernământ la acea dată, nefiind depuse alte acte medicale ulterioare, prin care să se evidenţieze anumite afecţiuni de natură să aibă consecinţe asupra discernământului acestuia, nu există nici un motiv ca, pornindu-se de la aceleaşi acte medicale, să se dispună efectuarea unei noi expertize medicale.

Într-o altă speţă, s-a decis că pentru a corecta soluţionarea acţiunii în constatarea nulităţii absolute a căsătoriei este necesar să se stabilească pe bază de probe, fără echivoc, în primul rând pe baza unei expertize psihiatrice, că soţul împotriva căruia a fost promovată acţiunea suferă de o boală care probează existenţa stării de alienaţie sau debilitate mintală, fiind neavenite (neconcludente) discuţiile referitoare la data când boala s-a instalat sau agravat, întrucât sancţiunea nulităţii căsătoriei îşi găseşte justificarea într-un interes de ordin social. Medicii de specialitate trebuie să se pronunţe dacă maladia de care suferă cel în cauză se încadrează sau nu în existenţa stării de alienaţie ori debilitate mintală, ei fiind singurii care au o atare competenţă şi abilitate legală.

Interzicerea sau echivalarea unor forme de convieţuire cu căsătoria. Potrivit art. 277 din noul Cod civil „(1) Este interzisă căsătoria dintre persoane de acelaşi sex.

(2) Căsătoriile dintre persoane de acelaşi sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetăţeni români, fie de cetăţeni străini nu sunt recunoscute în România.

(3) Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de acelaşi sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetăţeni români, fie de cetăţeni străini nu sunt recunoscute în România.

(4) Dispoziţiile legale privind libera circulaţie pe teritoriul României a cetăţenilor statelor membre ale Uniunii Europene şi Spaţiului Economic European rămân aplicabile”.

Dispoziţiile sus-menţionate sunt concordante şi cu prevederile art. 271 şi 293 alin. 1 din noul Cod civil român, potrivit cărora „Căsătoria se încheie între bărbat şi femeie prin consimţământul personal şi liber al acestora”, „încălcarea acestei proceduri fiind sancţionată cu nulitatea absolută”,

această sancţiune intervenind nu numai când căsătoria se încheie cu nerespectarea prevederilor privind consimţământul la căsătorie, ci şi atunci „când ea nu se încheie între persoane de sex diferit”.

O problemă deosebită se pune în privinţa „transsexualităţii” (fenomen care permite individului să-şi schimbe sexul conform sentimentelor sale intime şi autentice de apartenenţă la sexul opus).

În legătură cu acest fenomen, în literatura juridică a fost ridicată problema dacă un transsexual se poate sau nu căsători, subliniindu-se că în prezent se admite o atare posibilitate, cu condiţia ca persoana care a pierdut caracterele sexului său de origine să-l informeze pe viitorul soţ, omisiunea putând constitui cauză de anulare a căsătoriei.

În ceea ce priveşte jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, această temă este cât se poate de clară şi explicită. Astfel, s-a statuat că o căsătorie presupune o relaţie între două persoane de sex opus şi că scopul art. 12 din Convenţia europeană (dreptul la căsătorie) este acela de a proteja căsătoria tradiţională între două persoane de sex biologic diferit, ca fundament juridic al familiei.

2. *Referitor la formalităţile pentru încheierea căsătoriei şi ulterioare încheierii căsătoriei,* acestea privesc: a) comunicarea stării de sănătate (art. 278 C. civ.); b) locul încheierii căsătoriei (art. 279 C. civ.); c) declaraţia de căsătorie (art. 280 C. civ.); d) conţinutul declaraţiei de căsătorie (art. 281 C. civ.); e) alegerea numelui de familie (art. 282 C. civ.); f) publicitatea declaraţiei de căsătorie (art. 283 C. civ.); g) reînnoirea declaraţiei de căsătorie (art. 284 C. civ.); h) opoziţia la căsătorie (art. 285 C. civ.); i) refuzul celebrării căsătoriei (art. 286 C.

civ.); j) celebrarea căsătoriei (art. 287 C. civ.); k) martorii la căsătorie (art. 288 C. civ.); l) momentul încheierii căsătoriei (art. 289 C. civ.); m) actul încheierii căsătoriei (art. 290 C. civ.); n) formalităţile privind regimul matrimonial (art. 291 C. civ.); o) dovada căsătoriei (art. 292 C. civ.).

Vom face, în continuare, o prezentare rezumativă a fiecăreia din aceste aspecte: legislaţie şi jurisprudenţă.

a) *Comunicarea stării de sănătate*. Prin art. 278 din Codul civil sunt prevăzute următoarele: „Căsătoria nu se încheie dacă viitorii soţi nu declară că şi-au comunicat reciproc starea sănătăţii lor. Dispoziţiile legale prin care este oprită căsătoria celor care suferă de anumite boli rămân aplicabile". Această obligaţie reciprocă a viitorilor soţi de a-şi comunica starea de sănătate constituie o condiţie de formă a încheierii căsătoriei, scopul acestei cerinţe fiind dublu: în primul rând, de ordin medical – legea oprind căsătoria celor care suferă de anumite boli şi, în al doilea rând, fiecare dintre viitorii soţi trebuind să cunoască starea sănătăţii celuilalt pentru a putea aprecia liber dacă doreşte sau nu încheierea căsătoriei.

Comunicarea reciprocă a stării de sănătate se realizează prin depunerea unei declaraţii, ca anexă la declaraţia de căsătorie, declaraţie care cuprinde menţiunea „declarăm că am luat la cunoştinţă reciproc de starea sănătăţii noastre în vederea încheierii căsătoriei", însoţită de actele medicale cuprinzând rezultatele examenelor medicale pe care viitorii soţi trebuie să le facă în vederea încheierii căsătoriei (certificatul prenupţial, care cuprinde rezultatele examenului medical veneric, pulmonar şi neuropsihic).

Pentru a putea fi afectată căsătoria ca urmare a necomuncării de către viitorii soţi a stării lor de sănătate se impune ca: boala să fi fost cunoscută

de viitorii soţi înainte de încheierea căsătoriei (pentru că numai astfel există intenţia de nedivulgare a bolii); cel bolnav să fie de re-credinţă (în sensul că, deşi cunoştea boala de care suferă, în mod voit a ascuns-o faţă de celălalt viitor soţ), iar boala să prezinte o anume gravitate (în cazul unor afecţiuni minore, obişnuite şi vindecabile, care nu afectează viaţa, sănătatea sau finalitatea căsătoriei, omisiunea comunicării nefiind relevantă).

În practica judiciară română sunt ilustrate câteva astfel de aspecte care conturează cu pertinenţă problematica sus-menţionată. Astfel, s-a făcut precizarea că omisiunea voită a viitorului soţ de a aduce la cunoştinţa celuilalt boala de care suferă constituie, în principiu, un motiv de nulitate a căsătoriei. S-a mai făcut sublinierea că starea de boală trebuie comunicată viitorului soţ, care este liber să hotărască dacă acceptă sau nu să se căsătorească în această situaţie, inducerea în eroare prin ascunderea acestei stări constituind viciu de consimţământ care atrage, la cererea celui indus în eroare, anularea căsătoriei – nulitate relativă. În condiţiile în care, din probele administrate ar rezulta că îmbolnăvirea s-a produs în timpul căsătoriei, iar celălalt soţ a cunoscut acest fapt, nu poate interveni sancţiunea anulării căsătoriei. De asemenea, s-a mai statuat că sancţiunea anulării căsătoriei nu se aplică în cazul unei afecţiuni minore, obişnuite şi vindecabile, întrucât, altfel, s-ar ajunge la desfiinţarea unor căsătorii pentru fapte care nu sunt relevante. Deci, trebuie să fie vorba de boli, altele decât alienaţia sau debilitatea mintală, care, potrivit art. 9 din Codul familiei (în prezent art. 276 din noul Cod civil) interzic încheierea căsătoriei, pe care o sancţionează, în aceste situaţii, cu nulitatea absolută.

b) *Locul încheierii căsătoriei.* Potrivit art. 279 din Codul civil „(1) Căsătoria se celebrează de

către ofiţerul de stare civilă, la sediul primăriei.

(2) Prin excepţie, căsătoria se poate celebra, cu aprobarea primarului, de către un ofiţer de stare civilă de la o altă primărie decât cea în a cărei rază teritorială domiciliază sau îşi au reşedinţa viitorii soţi, cu obligativitatea înştiinţării primăriei de domiciliu sau de reşedinţă a viitorilor soţi, în vederea publicării".

Legea conexă în materie este Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă (republicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 743/2009 şi modificată prin O.U.G. nr. 80/2011).

Tot ca excepţie de la regula încheierii căsătoriei la primăria sau serviciul public local de evidenţă a persoanelor (S.P.L.E.P.), după caz, din localitatea unde viitorii soţi îşi au domiciliul sau reşedinţa, potrivit art. 41 alin. 4 din Metodologia cu privire la aplicarea unitară a dispoziţiilor în materia de stare civilă (aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 151/2011), persoanele arestate sau condamnate, în baza unor mandate de arestare ori de executare a pedepselor privative de libertate, încheie căsătoria la S.P.C.L.E.P. sau, după caz, la primăria în a cărei rază administrativ-teritorială se găseşte sediul arestului/penitenciarului, indiferent de domiciliul sau reşedinţa viitorilor soţi.

Tot în categoria excepţiilor se încadrează şi căsătoriile la bordul unor nave aflate sub pavilion românesc în timpul unei călătorii în afara graniţelor ţării, între cetăţeni români (art. 69 alin. 3 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011). Dar nu pot fi încheiate căsătorii în timpul unei călătorii în interiorul graniţelor ţării în tren, pe o navă sau aeronavă (art. 66 alin. 2 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

Este exclusă posibilitatea încheierii unei căsătorii pe aeronave, chiar şi atunci când acestea

s-ar afla în afara graniţelor ţării întrucât, potrivit art. 8 alin. 4 din Legea nr. 119/1996 „dacă naşterea sau decesul are loc pe o aeronavă, în timpul unei călătorii în afara teritoriului României, evenimentul se înregistrează de comandantul aeronavei în carnetul de drum", prin nici un alt text al legii neprevăzându-se şi evenimentul căsătoriei.

Deci este admisă oficierea căsătoriei la bordul unei nave atunci când aceasta depăşeşte apele teritoriale române, cu condiţia ca să fie vorba de cetăţeni români, neputându-se încheia o căsătorie între un cetăţean român şi un cetăţean străin şi între cetăţeni străini care se află pe navă, chiar dacă viitorii soţi au dovezile cerute de lege (art. 69 alin. 5 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

c) *Declaraţia de căsătorie.* Potrivit art. 280 din Codul civil „(1) Cei care vor să se căsătorească vor face personal declaraţia de căsătorie, potrivit legii, la primăria unde urmează a se încheia căsătoria.

2) În cazurile prevăzute de lege, declaraţia de căsătorie se poate face şi în afara sediului primăriei.

(3) Atunci când viitorul soţ este minor, părinţii sau, după caz, tutorele vor face personal o declaraţie prin care încuviinţează încheierea căsătoriei. Dispoziţiile art. 272 alin. (5) rămân aplicabile.

(4) Dacă unul dintre viitorii soţi, părinţii sau tutorele nu se află în localitatea unde urmează a se încheia căsătoria, ei pot face declaraţia la primăria în a cărei rază teritorială îşi au domiciliul sau reşedinţa, care o transmite, în termen de 48 de ore, la primăria unde urmează a se încheia căsătoria".

Reglementări conexe în materie sunt: art. 28 din Legea nr. 119/1996 privind actele de stare civilă (republicată în „Monitorul oficial al României, partea I, nr. 743/2009, modificată prin

O.U.G. nr. 80/2011); art. 4 şi 5 din Ordonanţa Guvernului nr. 84/2001 (publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 544/2001); art. 41 din Metodologia aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 64/2011 (publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 151/2011).

Aşadar, anterior încheierii căsătoriei, viitorii soţi trebuie să-şi manifeste voinţa de a se căsători printr-o declaraţie de căsătorie care se face personal de aceştia, în scris, la primăria unde urmează a se oficia căsătoria, adică la primăria în a cărei rază teritorială îşi au domiciliul sau reşedinţa viitorii soţi sau cel puţin unul dintre aceştia.

Prin derogare de la această regulă de competenţă teritorială a primăriei unde se depune declaraţia de căsătorie, în anumite situaţii, există posibilitatea ca declaraţia de căsătorie să se depună în alt loc. Este vorba de situaţii speciale în care unul dintre viitorii soţi este împiedicat să se prezinte la sediul primăriei pentru depunerea declaraţiei de căsătorie din motive de boală, starea detenţie preventivă sau definitivă, starea de graviditate şi altele de acelaşi gen. În astfel de cazuri declaraţia de căsătorie se poate depune la serviciile publice comunitare locale de evidenţa persoanelor (S.P.C.L.E.P.), înfiinţate în virtutea art. 4 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 84/2011, în subordinea consiliilor locale ale comunelor, oraşelor şi municipiilor (art. 280 C. civ. coroborate cu art. 28 din Lega nr. 119/1996 şi prevederile O.G. nr. 84/2011).

Dacă unul dintre viitorii soţi nu se află în localitatea în care se află celălalt viitor soţ, localitate în care se află primăria unde se va celebra căsătoria, acest viitor soţ va face declaraţia de căsătorie la primăria sau serviciul public comunitar local de evidenţa persoanelor în a căror rază teritorială se află, acestea urmând să transmită declaraţia de căsătorie respectivă, în termen de 48

de ore, la primăria sau serviciul public comunitar local de evidenţa persoanelor, după caz, unde urmează a se încheia căsătoria (art. 41 alin. 3 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

Cetăţenii români aflaţi în străinătate pot depune declaraţia lor de căsătorie la misiunile diplomatice şi oficiile consulare ale României din străinătate, şefii acestora îndeplinind şi atribuţii de stare civilă (art. 1 şi art. 41 alin. 2 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

În ceea ce-i priveşte pe cetăţenii străini cu domiciliul sau reşedinţa în România, vor depune declaraţia lor de căsătorie la S.P.C.L.E.P. sau, după caz, la primăria locului de domiciliu sau reşedinţă al acestora ori a unuia dintre ei, în cazul în care au domicilii sau reşedinţe diferite, legea nefăcând nicio distincţie în funcţie de cetăţenia viitorilor soţi (art. 41 alin. 1 din metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

Persoanele arestate sau condamnate pot încheia căsătoria pe timpul arestării sau executării pedepsei, situaţii în care declaraţiile de căsătorie se depun la S.P.C.L.E.P. sau, după caz, la primăria în a cărei rază teritorială se găseşte sediul arestului/penitenciarului, care va fi competentă să o celebreze, indiferent care ar fi domiciliul sau reşedinţa viitorilor soţi (art. 41 alin. 4 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011).

d) *Conţinutul declaraţiei de căsătorie.* Potrivit art. 281 din Codul civil „(1) În declaraţia de căsătorie, viitorii soţi vor arăta că nu există nici un impediment legal la căsătorie şi vor menţiona numele de familie pe care îl vor purta în timpul căsătoriei, precum şi regimul matrimonial ales.

2) Odată cu declaraţia de căsătorie, ei vor prezenta dovezile cerute de lege pentru încheierea căsătoriei”.

Reglementarea conexă în această privinţă este art. 28 din Legea nr. 119/1996, republicată şi cu modificările ulterioare.

Declaraţia de căsătorie va cuprinde voinţa viitorilor soţi de a se căsători, cu menţiunea că au luat cunoştinţă de starea lor reciprocă de sănătate, că îndeplinesc condiţiile de fond, că nu există impedimente la căsătorie, menţiunea privind numele pe care soţii îl vor purta în timpul căsătoriei, precum şi regimul matrimonial ales. Pentru cazul când viitorii soţi au făcut declaraţii de căsătorie la servicii de stare civilă diferite, declaraţia va cuprinde şi indicarea locului unde urmează a se celebra căsătoria.

Prin art. 281 din Codul civil se prevede că, în ceea ce priveşte conţinutul declaraţiei de căsătorie, trebuie făcute două menţiuni: numele de familie pe care soţii îl vor purta pe durata căsătoriei şi regimul matrimonial ales.

În ceea ce priveşte alegerea numelui de familie, potrivit art. 282 C. civ. există patru opţiuni: soţii să îşi păstreze numele dinaintea căsătoriei; să ia numele oricăruia dintre soţi; să ia numele lor reunite; unul dintre soţi să-şi păstreze numele dinaintea căsătoriei, iar celălalt să poarte numele lor reunite. Aşadar, modificarea numelui de familie al soţilor nu are loc atunci când soţii s-au decis să-şi păstreze fiecare numele lor de familie avute anterior căsătoriei, ori în cazul în care unul dintre soţi, în ceea ce-l priveşte, şi-a păstrat numele său de familie avut înainte de căsătorie. Modificarea numelui de familie intervine în trei situaţii: când soţii decid să poarte ca nume de familie comun numele lor reunite; pentru soţul care a luat ca nume de familie numele celuilalt soţ; pentru soţul care decide să-şi reunească numele avut anterior căsătoriei cu numele soţului său.

Soţii declară numele de familie pe care s-au învoită să-l poarte în timpul căsătoriei, în faţa ofiţerului de stare civilă, odată cu depunerea declaraţiei de căsătorie, fie ulterior, dar până la momentul încheierii căsătoriei (art. 48 alin. 1 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011). În acest ultim caz înţelegerea se consemnează într-o declaraţie scrisă ce se anexează la declaraţia iniţială.

În literatura juridică s-a exprimat opinia potrivit căreia în ipoteza în care nici în declaraţia de căsătorie, nici ulterior (dar numai până la încheierea căsătoriei) nu s-a cerut schimbarea numelui „se prezumă că fiecare dintre soţi doreşte să rămână cu numele avut anterior căsătoriei".

Purtarea numelui ales prin declaraţia de căsătorie produce efecte pe toată durata căsătoriei, dar se pun întrebări cu privire la situaţia juridică care se creează în diferite ipoteze de încetare a căsătoriei: nulitatea căsătoriei; încetarea căsătoriei ca urmare a decesului unuia dintre soţi; desfacerea căsătoriei prin divorţ.

În ipoteza constatării nulităţii căsătoriei, ţinându-se seama de efectele pe care le produce nulitate, când operează principiul restabilirii situaţiei anterioare încheierii actului juridic nul, fiecare dintre soţi îşi vor relua automat numele de familie avut anterior încheierii căsătoriei nule, fără a putea interveni învoiala sau încuviinţarea instanţei de judecată.

În cazul în care încetarea căsătoriei se produce ca urmare a morţii unuia dintre soţi,, soţul supravieţuitor care a luat numele de familie al soţului decedat va păstra acest nume, întrucât moartea nu produce nici un efect asupra numelui de familie al soţului supravieţuitor.

În caz de divorţ, fiecare dintre soţi îşi reia numele avut anterior căsătoriei, cu excepţia

cazului în care a intervenit o învoială între soţi în sensul păstrării numelui dobândit prin căsătorie ori există motive temeinice pentru care instanţa de tutelă să încuviinţeze purtarea numelui dobândit prin căsătorie, chiar în condiţii de opoziţie a unuia dintre soţi.

În acest sens se pare că este şi jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului. Astfel, într-o speţă, s-a decis ca soţiei să i se permită să poarte numele de căsătorie şi după desfacerea căsătoriei prin divorţ, întrucât aceasta este cunoscută în mediul profesional cu acest nume, chiar dacă ulterior soţul şi-a schimbat poziţia (retractat acordul).

În ceea ce priveşte neindicarea regimului matrimonial ales, în literatura juridică părerile sunt neunitare. Unii autori au afirmat că în ipoteza în care viitorii soţi refuză să înscrie în cuprinsul declaraţiei de căsătorie regimul matrimonial ales, ofiţerul de stare civilă este obligat să refuze celebrarea căsătoriei, deoarece prevederile art. 281 alin. 1 din noul Cod civil sunt imperative.

Alţi autori şi-au exprimat o opinie contrară, susţinând că neindicarea regimului matrimonial ales nu împiedică celebrarea căsătoriei, ci aceasta se va încheia, soţii urmând a fi supuşi „regimului comunităţii legale de bunuri”. Motivându-se în drept această luare de poziţie – mai flexibilă –, au fost invocate următoarele argumente: întrucât în cazul nemenţionării în declaraţia de căsătorie a numelui de familie ales se prezumă că viitorii soţi au înţeles să rămână cu numele de familie avut înainte de căsătorie, în mod simetric şi în cazul nedeclarării regimului matrimonial ales, căsătoria nu poate fi refuzată, deci în ambele situaţii juridice dispoziţiile art. 281 alin. 1 din noul Cod civil nu sunt imperative; ori de câte ori soţii doresc să li se aplice un alt regim matrimonial decât cel legal al

comunităţii de bunuri au obligaţia prezentării, ca anexă la declaraţia de căsătorie, a convenţiei matrimoniale încheiată în formă autentică, prin care se stabileşte regimul matrimonial ales, care poate fi cel al separaţiei de bunuri ori cel al comunităţii convenţionale. În lipsa unei asemenea convenţii, regimul matrimonial nu poate fi altul decât cel al comunităţii legale. Cu alte cuvinte, în lipsa acordului soţilor în sensul alegerii unui alt regim matrimonial, va fi aplica, automat şi implicit, regimul comunităţii legale de bunuri; în cazul în care la declaraţia de căsătorie s-ar anexa o convenţie matrimonială care cuprinde un anumit regim matrimonial, pe care soţii l-ar agrea în cadrul declaraţiei de căsătorie, ofiţerul de stare civilă va menţiona în actul de căsătorie regimul ales de viitorii soţi, fără a se preocupa de legalitatea sau nelegalitatea convenţiei matrimoniale. Dar dacă, ulterior, convenţia matrimonială va fi declarată nulă sau anulată, conform prevederilor art. 338 C. civ., între soţi se va aplica regimul comunităţii legale, deci altul decât cel declarat la încheierea căsătoriei (această situaţie juridică fiind, în aceste condiţii, echivalată cu cea a nedeclarării regimului matrimonial); în conformitate cu prevederile art. 313 alin. 3 din Codul civil „atunci când nu sunt îndeplinite formalităţile de publicitate, soţii sunt consideraţi, în raport cu terţii de bună-credinţă, ca fiind căsătoriţi sub regimul matrimonial al comunităţii legale” (acest text constituind fundamentul juridic al prezumţiei de alegere a regimului matrimonial al comunităţii legale, atunci când viitorii soţi nu au declarat regimul matrimonial pe care îl aleg refuză să facă o atare declaraţie sau convenţie matrimonială a fost ulterior declarată nulă sau anulată).

În concluzie, ţinându-se seama de considerentele sus-menţionate şi pornindu-se de la principiul (sau prezumţia) că regimul matrimonial

al soţilor este cel al comunităţii legale, dacă nu există o convenţie matrimonială de alegere a altui regim permis de lege, s-a apreciat că „neindicarea în cuprinsul declaraţiei de căsătorie a regimului matrimonial ales nu împiedică încheierea căsătoriei, iar între soţi va opera regimul comunităţii legale, exceptând, bineînţeles, situaţia juridică în care, ulterior căsătoriei, soţii prezintă o convenţie matrimonială încheiată anterior căsătoriei, caz în care, între ei, are efect convenţia matrimonială, însă din momentul încheierii căsătoriei" (principiul relativităţii convenţiei).

Această din urmă opinie, riguros argumentată juridic, pertinentă şi convingătoare, este, desigur, cea care trebuie acceptată, în opinia noastră, adăugând şi un alt argument cu caracter mai general şi anume, că dispoziţiile cuprinse în Codul civil referitoare la convenţiile matrimoniale, dar fiind acest caracter contractual, nu pot fi calificate ca fiind imperative, pentru că însuşi actul căsătoriei are în esenţa sa un caracter contractual, deşi unul specific, căsătoria realizându-se prin consimţământul personal şi liber consimţit al viitorilor soţi, fără vreo intervenţie sau amestec al legiuitorului prin dispoziţii cu caracter imperativ.

Publicitatea declaraţiei de căsătorie. Potrivit art. 283 C. civ. „(1) În aceeaşi zi cu primirea declaraţiei de căsătorie, ofiţerul de stare civilă dispune publicarea acesteia, prin afişarea în extras, într-un loc special amenajat la sediul primăriei şi pe pagina de internet a acesteia unde urmează să se încheie căsătoria şi, după caz, la sediul primăriei unde celălalt soţ îşi are domiciliul sau reşedinţa.

(2) Extrasul din declaraţia de căsătorie cuprinde, în mod obligatoriu: data afişării, datele de stare civilă ale viitorilor soţi şi, după caz, încuviinţarea părinţilor sau a tutorelui, precum şi înştiinţarea că orice persoană poate face opoziţie la căsătorie, în termen de 10 zile de la data afişării.

(3) Căsătoria se încheie după 10 zile de la afişarea declaraţiei de căsătorie, termen în care se cuprind atât data afişării, cât şi data încheierii căsătoriei.

(4) Primarul municipiului, al sectorului municipiului Bucureşti, al oraşului sau al comunei unde urmează a se încheia căsătoria poate să încuviinţeze, pentru motive temeinice, încheierea căsătoriei înainte de împlinirea termenului prevăzut la alin. (3)."

Legislaţie conexă: art. 29–30 din Legea nr. 119/1996.

Scopul instituirii obligaţiei de publicitate a declaraţiei de căsătorie este acela de a se da posibilitatea oricărei persoane să facă opoziţie la căsătorie, opoziţia fiind actul prin care o persoană aduce la cunoştinţa ofiţerului de stare civilă existenţa unei împrejurări de fapt sau de drept care nu permite încheierea căsătoriei.

Opoziţia trebuie făcută în formă scrisă, în termen de 10 zile de la data afişării declaraţiei de căsătorie, aceasta conţinând numele, prenumele, adresa titularului, indicarea împrejurărilor pentru care nu se poate încheia căsătoria, a dovezilor pe care se întemeiază opoziţia, semnătura titularului.

Opoziţia poate fi făcută de „orice persoană", deci chiar şi de o persoană care nu justifică vreun interes şi chiar ofiţerul de stare civilă, pentru că legea nu impune nicio restricţie în această privinţă.

Refuzul celebrării căsătoriei. Potrivit art. 286 C. civ. „Ofiţerul de stare civilă refuză să celebreze căsătoria dacă, pe baza verificărilor pe care este obligat să le efectueze, a opoziţiilor primite sau a informaţiilor pe care le deţine, în măsura în care acestea din urmă sunt notorii, constată că nu sunt îndeplinite cerinţele prevăzute de lege".

Ori de câte ori se formulează o opoziţie la căsătorie, ofiţerul de stare civilă va proceda la analiza acestei opoziţii în intervalul de timp rămas până la data stabilită pentru celebrarea căsătoriei. Iar, în situaţia în care acesta apreciază că opoziţia nu este întemeiată, o va respinge şi va proceda la celebrarea căsătoriei. În ipoteza în care, pentru efectuarea verificărilor, este necesar un timp mai îndelungat, ofiţerul stării civile va amâna momentul celebrării căsătoriei, dar nu mai mult de 30 de zile de la data afişării declaraţiei de căsătorie, în astfel de cazuri trebuind să se facă o nouă declaraţie de căsătorie (art. 284 C. civ.).

Dacă opoziţia este întemeiată, atunci ofiţerul stării civile va refuza încheierea căsătoriei, întocmind un proces-verbal constatator, în două exemplare, din care unul va fi înmânat persoanelor care intenţionau să se căsătorească (art. 52 alin. 2 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011), cel interesat putându-se adresa judecătoriei (ca instanţă de tutelă) în raza căreia domiciliază (art. 31 alin. 2 din Legea nr. 119/1996).

Celebrarea căsătoriei. Potrivit art. 287 C. civ. „(1) Viitorii soţi sunt obligaţi să se prezinte împreună la sediul primăriei, pentru a-şi da consimţământul la căsătorie în mod public, în prezenţa a 2 martori, în faţa ofiţerului de stare civilă.

(2) Cu toate acestea, în cazurile prevăzute de lege, ofiţerul de stare civilă poate celebra căsătoria şi în afara sediului serviciului public comunitar local de evidenţă a persoanelor, cu respectarea celorlalte condiţii menţionate la alin. (1).

(3) Persoanele care aparţin minorităţilor naţionale pot solicita celebrarea căsătoriei în limba lor maternă, cu condiţia ca ofiţerul de stare civilă sau cel care oficiază căsătoria să cunoască această limbă".

Legislaţie conexă: art. 27 din Legea nr. 119/1996.

Din textul sus-menţionat, coroborat cu art. 27 din Legea nr. 119/1996, rezultă următoarele principii (condiţii) care guvernează actul celebrării căsătoriei: căsătoria se celebrează la sediul primăriei sau, după caz, al serviciului public comunitar local de evidenţă a persoanelor, cu excepţia cazurilor prevăzute de lege, când căsătoria poate fi celebrată în afara sediului; soţii trebuie să fie prezenţi personal în faţa ofiţerului de stare civilă, nefiind permisă reprezentarea acestora; prezenţa soţilor trebuie să fie concomitentă; căsătoria este publică, la celebrare putând participa oricine doreşte; căsătoria se celebrează în limbă română.

Excepţiile de la regula generală a celebrării căsătoriei la sediul primăriei ori al serviciului public comunitar local sunt admise pentru motive temeinice cum ar fi, de exemplu: graviditatea femeii, boala unuia dintre soţi ori starea de detenţie care ar împiedica deplasarea.

În practica judiciară a Curţii Europene a Drepturilor Omului se face precizarea că stabilirea, prin legislaţia naţională a statelor, unor condiţii de fond şi de formă pentru încheierea căsătoriei, sub aspectul instituirii unor limitări privind publicitatea şi celebrarea căsătoriei, capacitatea, consimţământul, impedimentele la căsătorie, nu aduc atingere prevederilor art. 12 din Convenţia europeană referitoare la apărarea drepturilor omului (dreptul la căsătorie). Astfel încât s-a decis că interdicţia aplicată unei persoane divorţate de a se căsători timp de maximum 3 ani încalcă prevederile art. 12 din Convenţia, care garantează celui divorţat dreptul de a se căsători fără a suferi restricţii iraţionale.

În ceea ce priveşte celebrarea propriu-zisă a căsătoriei, ofiţerul de stare civilă procedează la

identificarea viitorilor soţi, constată dacă sunt îndeplinite condiţiile de fond, lipsa impedimentelor la căsătorie, lipsa opoziţiilor ori respingerea lor ca neîntemeiate, ia consimţământul soţilor, după care declară încheiată căsătoria. În continuare, ofiţerul de stare civilă dă citire, în faţa soţilor, a dispoziţiilor din codul civil privitoare la drepturile şi obligaţiile soţilor, întocmeşte actul de stare civilă, care se semnează de soţi cu numele de familie pe care s-au învoit să-l poarte, de martori şi de ofiţerul de stare civilă care şi eliberează certificatul de căsătorie.

II. *Drepturile şi îndatoririle personale ale soţilor*

În cadrul acestui segment de drepturi şi îndatoriri personale ale soţilor sunt incluse următoarele: a) reglementarea raporturilor personale dintre soţi (art. 307 C. civ.); b) luarea deciziilor de către soţi (art. 308 C. civ.); c) îndatoririle soţilor (art. 309 C. civ.); d) independenţa soţilor art. 310 C. civ.); e) schimbarea numelui de familie (art. 311 C. civ.).

a) *Reglementarea raporturilor personale dintre soţi.* Dispoziţii referitoare la reglementarea raporturilor personale dintre soţi figurează în Constituţia României, Codul civil şi art. 27 din Legea nr. 71/2011, dar, de asemenea, şi în Declaraţia Universală a Drepturilor Omului şi Pactul Internaţional privind drepturile economice, sociale şi culturale.

Potrivit art. 48 pct. 1 din Constituţia României, soţii au drepturi şi obligaţii egale în ceea ce

priveşte relaţiile dinte ei şi în exercitarea drepturilor părinteşti.

În conformitate cu art. 2589 din noul Cod civil român, relaţiile personale dintre soţi sunt supuse legii reşedinţei obişnuite comune a soţilor, iar în lipsă, legii cetăţeniei comune a soţilor sau, când aceştia au cetăţenii diferite, se aplică legea statului pe al cărui teritoriu s-a celebrat căsătoria.

b) *Luarea deciziilor de către soţi.* Potrivit art. 308 din Codul civil „Soţii hotărăsc de comun acord în tot ceea ce priveşte căsătoria". Iar în conformitate cu art. 27 din Legea nr. 71/2011, această dispoziţie din Codul civil „este de imediată aplicare".

În cazul în care soţii se dovedesc a nu avea capacitatea sau înţelegerea necesară luării unor decizii în comun, căsătoria nu este viabilă, iar în această situaţie oricare dinte soţi sau ambii, de comun acord, pot solicita încetarea acesteia prin divorţ.

c) *Îndatoririle soţilor.* În conformitate cu art. 309 C. civ. „(1) Soţii îşi datorează reciproc respect, fidelitate şi sprijin moral.

Ei au îndatorirea de a locui împreună. Pentru motive temeinice, ei pot hotărî să locuiască separat".

Deci, pe lângă drepturi, soţii au şi obligaţii sau îndatoriri şi anume: respectul reciproc, fidelitatea, sprijin moral, obligaţia de a locui împreună.

Obligaţia de respect presupuse ca soţii să aibă grijă să nu se rănească (moral) între ei, să înveţe să se accepte unul pe celălalt aşa cum sunt, fiecare cu calităţile şi defectele sale, să fie sinceri, atenţi, devotaţi, astfel încât să se poată baza unul pe celălalt. Îndeplinirea acestei obligaţii nu înseamnă însă şi o lipsă totală de independenţă ceea ce presupune dreptul fiecărui soţ la propria

corespondenţă, dreptul soţilor de a-şi alege profesia sau meseria pe care o doresc, libertatea de sentimente şi opinii politice, sindicale sau religioase (art. 310 C. civ.).

Obligaţia de fidelitate este o îndatorire primordială a soţilor, care implică datoria soţilor de a nu întreţine relaţii sexuale cu alte persoane, aceasta presupunând nu numai interdicţia soţilor de a avea astfel de raporturi sexuale, ci şi încrederea şi loialitatea pe care aceştia trebuie să le aşeze la baza tuturor raporturilor dintre ei. De altfel, încălcarea acestei obligaţii constituie infracţiunea de adulter (în dreptul francez constituind şi o cauză de obligare a soţului vinovat la despăgubiri pentru prejudiciul moral cauzat celuilalt, acţiunea în despăgubiri putând fi pornită şi împotriva complicelui soţului, dacă acesta a cunoscut existenţa căsătoriei).

Încălcarea obligaţiei de fidelitate poate constitui şi un motiv temeinic de divorţ.

În legătură cu obligaţia de fidelitate, trebuie avută în vedere, în mod corelativ, şi *îndatorirea conjugală de a avea raporturi sexuale împreună,* acestea fiind de natura căsătoriei, dar fiind distincte de o altă obligaţie şi anume „obligaţia de coabitare”. Îndatorirea de a avea raporturi sexuale între soţi trebuie îndeplinită indiferent dacă soţii au sau nu domiciliu comun. Dar, aceasta nu înseamnă nicidecum că soţul refuzat ar avea dreptul să recurgă la constrângeri, singura ripostă admisibilă fiind divorţul.

Obligaţia de a locui împreună este, şi ea, de natura căsătoriei, aceasta fiind, în principiu, finalitatea urmărită prin căsătorie. Însă, pentru motive temeinice, fiecare dintre soţi poate avea domiciliu separat. Nu mai puţin însă refuzul

nejustificat al soţilor de a locui împreună poate constitui motiv de divorţ.

Mai explicit, există ipostaze diferite în care soţii au domicilii separate: o primă situaţie ar fi aceea când soţii ar avea domicilii în imobile proprietatea fiecăruia, şi nu înţeleg să renunţe la ele, locuind alternativ în una sau cealaltă, pe care le-au avut înainte de căsătorie. O altă situaţie, la fel de frecventă, este aceea în care unul dintre soţi lucrează într-o altă localitate sau în străinătate, ori se află la studii sau cercetări pe perioade îndelungate în altă localitate sau în străinătate. În astfel de situaţii, care sunt considerate motive temeinice, soţii pot fi de acord să locuiască separat. Dar sunt şi alte situaţii când lipsesc motivele justificate sau acestea nu sunt temeinice, astfel de situaţii putând constitui motiv de divorţ. De altfel, când separarea faptică a soţilor este pe o durată de minimum 2 ani, conform art. 373 lit. c din Codul civil, poate constitui motiv de divorţ. Este cazul, de exemplu, când între soţi au intervenit neînţelegeri în luarea deciziilor, ceea ce poate determina pe unul din soţi să părăsească domiciliul conjugal, acesta plecând din proprie iniţiativă sau fiind constrâns la aceasta, neînsemnând însă că cel care a plecat şi-ar pierde dreptul de a reveni la domiciliul conjugal.

Obligaţia de sprijin moral reprezintă o consecinţă a prieteniei şi afecţiunii dintre soţi, ea manifestându-se în diferite maniere: sprijin pentru ridicarea nivelului intelectual; îngrijiri cu caracter personal şi intim în caz de înrăutăţire a stării de sănătate sau bătrâneţe; stimularea reciprocă în activităţile lor de familie sau profesionale; apărarea reciprocă a demnităţii fiecăruia etc. Desigur că legiuitorul nu a detaliat, şi nici n-ar fi fost indicat să o facă, dată fiind multitudinea şi complexitatea situaţiilor de fapt şi de drept care se pot ivi într-o căsătorie. S-a subliniat, implicit, însă,

că în lipsa reciprocităţii sprijinului moral, relaţiile dintre soţi pot fi grav afectate, încrederea, afecţiunea şi solidaritatea fiind elemente structurale care consolidează căsătoria.

În ceea ce priveşte obligaţia alegerii unui nume de familie pe durata căsătoriei, potrivit art. 311 C. civ. „(1) Soţii sunt obligaţi să poarte numele declarat la încheierea căsătoriei.

(2) Dacă soţii au convenit să poarte în timpul căsătoriei un nume comun şi l-au declarat potrivit dispoziţiilor art. 281, unul dintre soţi nu poate cere schimbarea acelui nume pe cale administrativă decât cu consimţământul celuilalt soţ."

Reglementarea legală a numelui o găsim în art. 82–85 din Codul civil (potrivit art. 83 numele cuprinzând numele de familie şi prenumele).

Deci, prin art. 311 C. civ. este instituită „obligaţia purtării numelui declarat la încheierea căsătoriei" (acest text trebuie coroborat cu art. 282 din Codul civil, potrivit căruia soţii au, în această privinţă, următoarele posibilităţi-opţiuni: fiecare poate să-şi păstreze numele avut înainte de căsătorie, deci nu există o obligaţie de purtare a unui „nume comun"; ambii pot purta ca „nume comun" numele lor reunite; ambii pot purta ca „nume comun" numele unuia dintre soţi; un soţ poate să-şi păstreze numele avut înainte de căsătorie, iar celălalt să poarte numele lor reunite. Această opţiune a soţilor poate avea – aşa cum se subliniază în literatura de specialitate – motivaţii de ordin personal legate de prestigiul pe care unul dintre soţi l-a dobândit într-un anumit domeniu de activitate şi dorinţa lor de a consfinţi comuniunea creată prin căsătorie şi prin purtarea unui nume comun).

Variantele oferite de lege în privinţa numelui pe care soţii îl vor purta în timpul căsătoriei

(prevăzute de art. 282 C. civ.) au caracter limitativ, nefiind permise alte posibilităţi.

În literatura juridică se face sublinierea că „numele" se caracterizează prin: *opozabilitate erga omnes* (adică este opozabil tuturor, având un caracter absolut); *inalienabilitate* (în sensul că persoana fizică nu poate să renunţe la numele său, nu îl poate vinde sau dona, adică nu poate dispune de nume prin acte juridice); *imprescriptibilitate* (ceea ce înseamnă că numele nu se pierde prin neutilizarea lui şi nu se poate dobândi prin utilizare îndelungată); *personalitate* (numele fiind strâns legat de persoana omului, neputându-se exercita decât personal, nefiind posibilă reprezentarea); *universalitate* (toţi oamenii au dreptul la un nume); *legalitate* (condiţiile de dobândire, de modificare sau de schimbare a numelui stabilindu-se numai prin lege); *unitate* (deşi este alcătuit din nume de familie şi prenume, aceste elemente luate împreună individualizează aceeaşi persoană fizică).

Obligaţia de a purta numele declarat la încheierea căsătoriei comportă şi unele excepţii, putându-se cere, pentru motive temeinice, „schimbarea numelui pe care administrativă", cu consimţământul celuilalt soţ (art. 311 alin. 2 C. civ.).

Reglementarea legală a posibilităţii schimbării numelui pe care administrativă o găsim în Ordonanţa Guvernului nr. 41/2003 privind dobândirea şi schimbarea pe cale administrativă a numelor persoanelor fizice (publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 68/2003, aprobată cu modificări prin Legea nr. 323/2003, publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 510/2003).

Potrivit legii, sunt considerate „motive temeinice", care justifică schimbarea numelui pe

cale administrativă, următoarele situaţii (art. 4 alin. 2 şi 3 din O.G. nr. 41/2003): când numele este format din expresii indecente, ridicole ori transformat prin traducere sau în alt mod; când persoana în cauză a folosit, în exercitarea profesiei, numele pe care doreşte să-l obţină, făcând dovada cu privire la aceasta, precum şi asupra faptului că este cunoscută în societate sub acest nume; când din neatenţia ofiţerilor de stare civilă ori ca urmare a necunoaşterii reglementărilor legale în materie, au fost efectuate menţiuni greşite în registrele de stare civilă ori au fost eliberate certificate de stare civilă cu nume eronate, în baza cărora au fost eliberate alte acte; când persoana în cauză are nume de familie sau prenume format din mai multe cuvinte, de regulă reunite, şi doreşte schimbarea acestuia; când persoana în cauză poartă un nume de familie de provenienţă străină şi solicită să poarte un nume românesc; când persoana şi-a schimbat numele de origine străină într-un nume românesc, pe cale administrativă, şi doreşte să revină la numele dobândit prin naştere; când părinţii şi-au schimbat numele pe care administrativă, iar copiii solicită să poarte un nume de familie comun cu cel al celorlalţi membri ai familiei, nume care a fost dobândit ca urmare a adopţiei, a menţinerii numelui de căsătorie, a stabilirii filiaţiei ori a unor schimbări de nume aprobate anterior pe cale administrativă; când soţii au convenit, cu ocazia încheierii căsătoriei, să poarte numele de familie reunit şi ambii solicită schimbarea acestuia pe cale administrativă, optând pentru numele de familie dobândit la naştere de către unul dintre ei ori să revină fiecare la numele avut anterior căsătoriei; când persoana în cauză face dovada că a fost recunoscută de către părinte ulterior înregistrării naşterii, însă, întrucât nu a sesizat instanţa pentru încuviinţarea purtării numelui de familie al acestuia în timpul vieţii, nu există altă posibilitate de dobândire a numelui

părintelui decât pe cale administrativă, când prenumele purtat este specific sexului opus; când persoanei i s-a încuviinţat schimbarea sexului prin hotărâre judecătorească definitivă şi irevocabilă şi solicită să poarte un prenume corespunzător, prezentând un act medico-legal din care să rezulte sexul acesteia; alte asemenea cazuri temeinic justificate; când persoana în cauză a adoptat minori şi doreşte ca aceştia să poarte un alt prenume; când căsătoria a încetat prin moartea sau prin declararea judecătorească a morţii unuia dintre soţi, iar soţul supravieţuitor solicită să revină la numele de familie purtat anterior căsătoriei ori la numele de familie dobândit la naştere; când, în urma divorţului, un fost soţ revine la numele de familie purtat anterior şi care provine dintr-o altă căsătorie, de asemenea desfăcută prin divorţ, şi doreşte să poarte numele dobândit la naştere; când, în urma încetării căsătoriei prin moartea sau declararea judecătorească a morţii unuia dintre soţi, celălalt soţ se recăsătoreşte şi, ca urmare a desfacerii acestei căsătorii, doreşte să poarte numele de familie dobândit la naştere; când fostul soţ doreşte să poarte numele de familie pe care l-a avut la căsătorie, pentru a avea un nume comun cu copiii încredinţaţi spre creştere şi educare, cu consimţământul fostului soţ, dat în formă autentică; când părinţii au divorţat, iar copiii încredinţaţi spre creştere şi educare unuia dintre părinţi, care a revenit la numele de familie avut înaintea căsătoriei, solicită să poarte numele de familie al acestuia; când s-a desfăcut adopţia unei persoane căsătorite care are copii minori şi, în urma desfacerii adopţiei, persoana în cauză revine la numele de familie avut înainte de adopţie; când unul dintre soţi, la încheierea căsătoriei, a luat numele de familie al celuilalt soţ, nume pe care acesta din urmă l-a dobândit prin adopţie, iar ulterior încheierii căsătoriei are loc desfacerea adopţiei.

În ceea ce priveşte „procedura de schimbare a numelui pe cale administrativă”, aceasta se desfăşoară în următoarele condiţii:

– persoana care solicită schimbarea numelui pe cale administrativă trebuie să depună o cerere la serviciul public comunitar local de evidenţă a persoanelor (S.P.C.L.E.P.), aflat în subordinea consiliului local al comunei, oraşului, municipiului sau al sectorului municipiului Bucureşti, în a cărui rază teritorială îşi are domiciliul sau reşedinţa *(domiciliul* se află acolo unde persoana fizică declară că îşi are locuinţa principală – art. 87 C. civ.; *reşedinţa* este locul unde persoana fizică îşi are locuinţa secundară – art. 88 C. civ.), iar acolo unde nu există un asemenea serviciu de evidenţă a persoanelor, la primăria unităţii administrativ-teritoriale de la domiciliul solicitantului; în cazul cetăţeanului român cu domiciliul în străinătate, cererea se depune la S.P.C.L.E.P. sau, după caz, la primăria unităţii administrativ-teritoriale de la ultimul domiciliu avut în România, iar dacă nu a avut vreodată domiciliul în România, la Direcţia de Stare Civilă (D.S.C.) – sector 1 Bucureşti (art. 106 alin. 1 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011);

– cererea trebuie redactată în scris, cuprinzând numele, prenumele, domiciliul solicitantului, motivele care justifică cererea de schimbare a numelui şi semnătura solicitantului;

– această cerere se publică, în extras, în „Monitorul oficial al României”, partea a III-a, prin grija şi pe cheltuiala solicitantului. Prin excepţie, dacă există aprobarea conducătorilor serviciilor publice judeţene, respectiv a conducătorului serviciului public al municipiului Bucureşti, cererea de schimbare a numelui format din expresii indecente, ridicole, ori transformat

prin traducere sau un alt mod, poate fi exceptată de la publicare. Ca atare, pentru a putea interveni exceptarea de la publicare este necesar ca numele care se doreşte a fi schimbat să fie aprobată (exceptarea) de conducătorii serviciilor publice judeţene, respectiv de serviciul public al municipiului Bucureşti (D.G.E.P.M. Bucureşti – D.S.C.);

– cererea de schimbare pe cale administrativă a numelui trebuie însoţită de următoarele acte: copii legalizate de pe certificatele de stare civilă ale persoanei care solicită schimbarea numelui; un exemplar al „Monitorului oficial al României”, partea a III-a, în care a fost publicat extrasul din cererea de schimbare a numelui, exemplar de la publicarea căruia să nu fi trecut mai mult de un an; consimţământul, dat în formă autentică, al celuilalt soţ, în cazul schimbării „numelui de familie comun” purtat în timpul căsătoriei; copie de pe decizia de aprobare a instanţei de tutelă, în cazurile de schimbare a numelui minorilor sau persoanelor puse sub interdicţie; cazierul judiciar şi cazierul fiscal al solicitantului; orice alte acte pe care solicitantul le consideră necesare pentru motivarea cererii sale;

– orice persoană interesată poate face „opoziţie” la cererea de schimbare a numelui, cu excepţia situaţiei în care schimbarea numelui se cere pe considerentul că numele este format din expresii indecente, ridicole sau este transformat prin traducere sau în alt mod, în termen de 30 de zile de la publicarea extrasului din cererea de schimbare a numelui în „Monitorul oficial al României”, partea a III-a.

Opoziţia se face în scris, se motivează şi se depune la serviciul public în a cărui rază de competenţă teritorială îşi are domiciliul persoana

care solicită schimbarea numelui pe cale administrativă;

– cererea de schimbare a numelui, împreună cu toate actele anexă şi, dacă este cazul, cu opoziţiile făcute, se trimite spre soluţionare de către serviciul public local (S.P.C.L.E.P.) către serviciul public judeţean (S.P.C.J.E.P.), respectiv al municipiului Bucureşti (D.G.E.P.M. Bucureşti – D.C.C.).

Serviciul public judeţean, respectiv al municipiului Bucureşti, verifică dacă sunt îndeplinite toate condiţiile prevăzute de Ordonanţa Guvernului nr. 41/2003 şi, după analizarea temeiniciei cererii, precum şi a opoziţiilor făcute propune, motivat, preşedintelui consiliului judeţean, respectiv primarului general al municipiului Bucureşti, emiterea dispoziţiei de admitere sau de respingere a cererii de schimbare a numelui, în termen de 60 de zile de la primirea cererii;

– dispoziţia prin care s-a admis schimbarea numelui se trimite, în copie, serviciului public la care a fost înregistrată plângerea, iar acest serviciu public încunoştinţează de îndată solicitantul, iar după depunerea de către acesta a actelor şi dovezilor solicitate (conform art. 107 alin. 2 din Metodologia aprobată prin H.G. nr. 64/2011), se solicită de la persoana în cauză: certificatele de naştere, de căsătorie, precum şi cele de naştere ale copiilor minori, în original; dovada achitării taxei de schimbare a numelui; cereri individuale prin care se solicită certificatele de stare civilă, potrivit schimbării de nume obţinute prin dispoziţie), se eliberează o copie de pe dispoziţia de admitere a schimbării numelui. Dacă în termen de 90 de zile de la data luării la cunoştinţă cel în cauză nu depune dovada de plată a taxei extrajudiciare de timbru, serviciul public restituie organului emitent

copia de pe dispoziţia de admitere a schimbării numelui.

Cererea prin care se solicită schimbarea numelui pentru considerentul că acesta conţine expresii indecente, ridicole sau este transformat prin traducere sau în alt mod, este scutită de plata taxei extrajudiciare de timbru (acest lucru menţionându-se în dispoziţia de schimbare a numelui);

– dispoziţia de respingere a cererii de schimbare a numelui se comunică solicitantului de către serviciul public judeţean sau, după caz, al municipiului Bucureşti, în termen de 10 zile de la emiterea sa;

– persoana căreia i s-a respins cererea de schimbare a numelui poate face o nouă cerere dacă în susţinerea acesteia au intervenit motive noi. Iar, dacă cererea de schimbare a numelui a fost respinsă ca urmare a unei opoziţii, se poate face o nouă cerere, în cazul în care se solicită acelaşi nume dar numai după încetarea cauzelor care au determinat admiterea opoziţiei;

– dispoziţia de respingere poate fi contestată în condiţiile Legii contenciosului administrativ nr. 544/2004, la alegerea contestatorului, fie la tribunalul în a cărui rază teritorială îşi are sediul emitentul actului atacat, fie la tribunalul în a cărei rază teritorială îşi are domiciliul contestatorul;

– dispoziţia de schimbare a numelui produce efecte juridice de la data înscrierii menţiunii corespunzătoare pe marginea actului de naştere. De la această dată solicitantul va purta numai numele dobândit prin dispoziţia de schimbare a numelui;

– dovada schimbării numelui se face cu dispoziţia de admitere a schimbării numelui sau cu

certificatul eliberat de serviciul public, pe baza dispoziţiei de admitere a schimbării numelui.

Problematica juridică legată de schimbarea numelui de familie se reflectă atât în jurisprudenţa română, cât şi în cea a Curţii Europene a Drepturilor Omului. Astfel, instanţa supremă română a decis că nu este posibil ca unul dintre soţi să-şi aleagă un nume pe care nici unul dintre aceştia nu l-a avut înainte de încheierea căsătoriei.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, la rândul său, a subliniat că interdicţia aplicată unui soţ de a pune patronimul (numele de familie) soţiei sale, ca nume de familie, înaintea numelui său, în condiţiile în care legea (elveţiană) permitea varianta inversă, reprezintă o încălcare a prevederilor art. 8 din Convenţia europeană (respectarea vieţii private şi de familie). Argumentându-se în drept această hotărâre, s-a pus în evidenţă faptul că Parlamentul elveţian, dornic să păstreze unitatea familiei şi să evite ruptura de tradiţie, nu a consimţit niciodată introducerea egalităţii absolute între soţi în privinţa alegerii numelui şi în mod deliberat a limitat dreptul femeii de a adăuga numele său la cel al soţului. Această regulă poate profita prin analogie soţilor în familiile care au luat numele soţiei. În prezent însă, progresul spre egalitatea sexelor a devenit uns cop important în cadrul statelor membre ale Consiliului Europei; prin urmare, numai consideraţii puternice ar putea justifica o diferenţă de tratament bazată exclusiv pe sex ca fiind compatibilă cu Convenţia europeană. Deci, Convenţia trebuie interpretată în lumina condiţiilor de azi şi în special în funcţie de importanţa acordată principiului nediscriminării. Nu există nicio diferenţă între alegerea de soţi a unuia din numele lor, ca nume comun. Cât priveşte, însă, alte tipuri de nume, cum ar fi cele compuse sau alte forme particulare, Tribunalul federal (elveţian) însuşi, le-a distins de numele de

familie legal, singurul care poate figura în documentele oficiale ale unei persoane, deci, nu pot fi considerate ca fiind echivalente cu acesta (numele de familie legal). Diferenţa de tratament în cauză, lipsită de o justificare obiectivă şi rezonabilă, reprezintă, aşadar, o încălcare a art. 14 (interzicerea discriminării) coroborat cu art. 8 (respectarea vieţii private şi de familie).

III. *Regimurile matrimoniale*

1. Regimul matrimonial desemnează totalitatea regulilor care guvernează raporturile dintre soţi cu privire la bunurile lor, precum şi pe acelea ce se formează în relaţiile lor cu terţii.

Potrivit art. 312 din Codul civil „(1) Viitorii soţi pot alege ca regim matrimonial: comunitatea legală, separaţia de bunuri sau comunitatea convenţională.

(2) Indiferent de regimul matrimonial ales, nu se poate deroga de la dispoziţiile prezentei secţiuni, dacă prin lege nu se prevede altfel."

Alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al „comunităţii legale" se face prin încheierea unei convenţii matrimoniale (art. 329 C. civ.).

Codul civil român consacră, aşadar, principiul „libertăţii convenţiilor matrimoniale", libertate care, însă, este limitată în sensul că viitorii soţi nu pot alege decât între regimurile matrimoniale permise de lege şi anume: regimul comunităţii legale de bunuri, regimul separaţiei de bunuri şi regimul comunităţii convenţionale de bunuri. Viitorii soţi pot opta numai între regimurile matrimoniale expres reglementate, fără a putea

îmbina dispoziţii specifice unui regim matrimonial cu cele specifice altui regim matrimonial.

2. Mai înainte de a trece la analiza celor trei categorii de regimuri matrimoniale: regimul comunităţii legale, regimul separaţiei de bunuri şi regimul comunităţii convenţionale, sunt necesare unele precizări în legătură cu noţiunea de „bunuri", cele două categorii de bunuri pe care le pot avea soţii („bunuri comune" şi „bunuri proprii") şi regimul juridic al acestora.

a) *Noţiunea de „bunuri"* desemnează atât „drepturile corporale" (adică drepturi asupra unor lucruri mobile şi imobile), cât şi „bunurile incorporale" (adică drepturile reale: dreptul de proprietate, dreptul de superficie – fond funciar, dreptul de uzufruct, dreptul de uz, dreptul de abitaţie –, dreptul de a locui, dreptul de servitute – sarcină impusă asupra imobilului altuia, dreptul de administrare, dreptul de concesiune; dreptul de folosinţă, drepturile reale de garanţie, alte drepturi asupra cărora legea le conferă acest caracter; drepturile de creanţă şi acţiunile privind drepturile patrimoniale).

b) *Bunurile soţilor se cuprind în două categorii: „bunuri comune" şi „bunuri proprii"*.

Bunurile comune ale soţilor sunt acele bunuri dobândite în timpul regimului comunităţii legale de oricare dintre soţi, bunuri care, de la data dobândirii lor, sunt bunuri comune în devălmăşie ale soţilor (art. 339 C. civ.).

Aşadar, bunurile dobândite în timpul comunităţii legale de bunuri „sunt bunuri proprietate devălmaşe a soţilor, devălmăşia însemnând că dreptul patrimonial aparţine concomitent mai multor persoane, fără ca vreuna dintre ele să fie titulara unei cote-părţi determinate din dreptul respectiv. Ca atare, în cadrul

comunităţii legale de bunuri, soţii nu pot avea bunuri proprietate comună pe cote-părţi.

În categoria bunurilor comune ale soţilor sunt integrate şi veniturile obţinute prin muncă. Potrivit art. 341 C. civ. „Veniturile din muncă, sumele de bani convenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale şi altele asemenea, precum şi veniturile cuvenite în temeiul unui drept de proprietate intelectuală sunt bunuri comune, indiferent de data dobândirii lor, însă numai în cazul în care creanţa privind încasarea lor devine scadentă în timpul comunităţii".

Textul foloseşte sintagma „şi alte asemenea" (drepturi), aceasta putând include, de exemplu: indemnizaţiile obţinute cu ocazia concedierii, premiile, primele cuvenite în baza unui contract individual de muncă.

Se mai face sublinierea că legea nu impune, pentru calificarea ca bun comun, condiţia ca sumele cuvenite pe baza unor drepturi născute anterior căsătoriei să fi fost încasare efectiv în timpul căsătoriei, ci doar condiţia ca dreptul de creanţă să devină scadent în timpul căsătoriei, indiferent de momentul efectiv al încasării, care se poate situa în timpul căsătoriei ori după încetarea acesteia. De subliniat însă prin art. 340 C. civ., la lit. d se prevede că „sunt «bunuri proprii» drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creaţiilor sale…". S-ar părea că există o contradicţie între cele două texte sus-menţionate (art. 340 şi art. 341 C. civ.), însă această contradicţie este doar aparentă, deoarece legiuitorul a avut grijă să instituie două condiţii pentru ca veniturile provenite din activităţi intelectuale să fie considerate ca fiind bunuri comune şi anume: încasarea acestor venituri să se realizeze în decursul căsătoriei (art. 341 C. civ.) şi prin convenţia matrimonială să nu se fi prevăzut că acestea sunt „bunuri proprii" (art. 329 C. civ.

potrivit căruia „alegerea altui regim matrimonial decât cel al comunităţii legale se face prin încheierea unei convenţii matrimoniale”, or, dacă soţii au ales, prin convenţie matrimonială, un alt regim decât cel al comunităţii legale, veniturile din drepturi de proprietate intelectuală reprezintă „bunuri proprii”).

În literatura juridică se face precizarea că pentru a fi un bun comun se cer a fi întrunite, cumulativ, următoarele condiţii: bunul să fi fost dobândit de oricare dintre soţi; bunul să fi fost dobândit în timpul regimului comunităţii legale (poate fi bun comun şi bunul dobândit în timpul comunităţii convenţionale, dacă prin convenţia matrimonială s-a prevăzut astfel); bunul să nu facă parte din categoria bunurilor proprii (în legătură cu această din urmă condiţie regăsim, inversată, aserţiunea noastră potrivit căreia nu poate fi considerat bun comun acel bun în legătură cu care prin convenţia matrimonială s-a stabilit a fi bun propriu).

În legătură cu regimul comunităţii de bunuri, s-a ridicat, sub imperiul prevederilor din Codul familiei, o problemă de încălcare a dispoziţiilor art. 44 alin. 1 din Constituţia României, potrivit cărora „Dreptul de proprietate, precum şi creanţele asupra statului, sunt garantate. Conţinutul şi limitele acestor drepturi sunt stabilite prin lege”. Problema adusă în discuţie s-a referit, la vremea respectivă, la prevederile art. 30 alin. 3 din Codul familiei prin care s-a instituit o „prezumţie relativă de comunitate a bunurilor soţilor, prezumţie care poate fi răsturnată de partea care pretinde că bunul respectiv este propriu al unuia dintre soţi. Bunurile comune pot fi împărţite, atât în timpul căsătoriei, la cererea oricăruia dintre soţi, prin hotărâre judecătorească, cât şi la desfacerea căsătoriei prin divorţ, cazuri în care instanţa de judecată va stabili

întinderea drepturilor fiecăruia dintre soţi privind bunurile comune, ţinându-se seama de participarea fiecărui soţ, prin munca sa sau prin mijloacele sale la dobândirea şi conservarea bunurilor comune. În cauza respectivă s-a decis că prevederile art. 30 din Codul familiei (azi abrogat) nu sunt neconstituţionale întrucât prin acest text s-a reglementat regimul comunităţii de bunuri a soţilor, ca o consecinţă firească a relaţiilor personale izvorâte din căsătorie şi ca o măsură legală de ocrotire a intereselor patrimoniale comune ale soţilor (prezumţia relativă de comunitate). Această soluţie rămâne de actualitate şi în prezent, după intrarea în vigoare a noului Cod civil român, pentru că şi aici regăsim texte similare, cum sunt: art. 343 alin. 1 şi art. 370. *Potrivit art. 343 alin. 1* din Codul civil „Calitatea de bun comun nu trebuie să fie dovedită" (deci se instituie o prezumţie relativă de comunitate, putând a fi răsturnată de soţi prin orice mijloc de probă – art. 343 alin. 2 C. civ.).

Potrivit art. 370 C. civ. „Dacă regimul matrimonial al soţilor este cel al comunităţii legale sau convenţionale, instanţa, la cererea unuia dintre soţi, poate pronunţa separaţia de bunuri, făcând aplicaţia prevederilor art. 357 referitor la lichidarea comunităţii partajului".

În legătură cu „bunurile comune", în literatura juridică şi practica judiciară au fost abordate o serie întreagă de probleme referitoare la diferite situaţii juridice din care vom reda, rezumativ, numai unele dintre ele alese pe criteriul recursivităţii loc. Astfel, s-a considerat că şi bunurile dobândite prin munca unui singur soţ sau din împrumutul contractat de un singur soţ sunt bunuri comune, condiţia esenţială fiind aceea a dobândirii bunurilor în timpul regimului comunităţii legale ori convenţionale, atunci când

prin convenţie matrimonială se prevede astfel, adică în intervalul de timp de la data încheierii căsătoriei şi până la momentul încetării acesteia, dacă, în acest interval de timp, nu a intervenit vreo convenţie matrimonială de alegere a unui alt regim matrimonial, respectiv dacă de la data încheierii căsătoriei până la lichidarea comunităţii ca urmare a încetării acesteia prin hotărâre judecătorească sau act autentic notarial, când pe parcursul căsătoriei încetează sau se modifică regimul matrimonial (în acest caz regimul comunităţii legale aplicându-se doar un interval de timp determinat, situat în timpul căsătoriei).

S-a mai subliniat că veniturile din muncă, sumele de bani cuvenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale şi altele asemenea, şi veniturile cuvenite în temeiul unui drept de proprietate intelectuală sunt bunuri comune, indiferent de data dobândirii lor, dar numai în cazul în care creanţa privind încasarea lor devine scadentă în timpul comunităţii (legale ori convenţionale, dacă prin convenţie matrimonială nu se prevede caracterul de bun propriu). În ceea ce priveşte diurna primită de un soţ în străinătate, s-a decis că reprezintă venit din muncă, aşa încât, dacă este dobândit în timpul regimului comunităţii legale sau convenţionale, dacă prin convenţie matrimonială nu s-a prevăzut caracterul de bun propriu, constituie bun comun. Se face însă precizarea că la împărţirea bunurilor comune se va ţine seama de contribuţia soţului care a beneficiat de diurnă în străinătate, contribuţie care se va aprecia în raport cu toate bunurile comune din gospodărie, stabilindu-se dacă în favoarea soţului beneficiar se va putea reţine o contribuţie mai mare datorită sumelor încasate din munca depusă de el (principiul proporţionalităţii).

S-a considerat, de asemenea, că bunurile dobândite în timpul separaţiei în fapt a soţului sunt

tot bunuri comune, dacă soţii au ales regimul comunităţii legale de bunuri sau regimul comunităţii convenţionale, cu condiţia ca prin convenţie matrimonială să nu se prevadă astfel. Soluţia se impune pentru următoarele două considerente: separaţia în fapt a soţilor nu atrage după sine încetarea sau desfacerea căsătoriei, deşi constituie un motiv serios de divorţ, astfel încât bunul achiziţionat în această perioadă se consideră că este dobândit în timpul regimului comunităţii legale sau convenţionale, în situaţia în care prin convenţie matrimonială nu s-a prevăzut caracterul de bun propriu; în privinţa acestor bunuri, legea nu face nicio derogare, nu distinge după cum soţii sunt împreună sau locuiesc separat, de unde rezultă că bunul dobândit în ambele situaţii este bun comun.

O altă situaţie o constituie bunurile cumpărate cu plata preţului în rate. Se face observaţia că, în astfel de cazuri, proprietatea se dobândeşte la momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare. Or, dacă acest moment se situează în timpul căsătoriei, bunul achiziţionat va fi un bun comun, indiferent de momentul achitării ratelor, numai dacă prin convenţia matrimonială nu s-a prevăzut altfel.

Bunurile proprii. Potrivit art. 340 din Codul civil „Nu sunt bunuri comune, ci bunuri proprii ale fiecărui soţ:

a) bunurile dobândite prin moştenire legală, legat sau donaţie, cu excepţia cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune;

b) bunurile de uz personal;

c) bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerţ care face parte din comunitatea de bunuri;

d) drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creaţiilor sale şi asupra semnelor distinctive pe care le-a înregistrat;

e) bunurile dobândite cu titlu de premiu sau recompensă, manuscrisele ştiinţifice sau literare, schiţele şi proiectele artistice, proiectele de invenţii şi alte asemenea lucruri;

f) indemnizaţia de asigurare şi despăgubirile pentru orice prejudiciu material sau moral adus unuia dintre soţi;

g) bunurile, sumele de bani sau price valori care înlocuiesc un bun propriu, precum şi bunul dobândit în schimbul acestora;

h) fructele bunurilor proprii".

Bunurile dobândite prin moştenire, legat sau donaţie, cu excepţia cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune. Datorită caracterului personal al dobândirii, bunurile primite pe aceste căi sunt proprii soţului gratificat, dacă dispunătorul nu a prevăzut, expres, că acestea sunt comune. Pentru calificarea acestor bunuri ca fiind proprii s-a avut în vedere caracterul *intuitu personae* (acte pentru care sunt indispensabile anumite calităţi personale) al dobândirii. Cât priveşte *succesiunea legală*, caracterul *intuitu personae* al dobândirii este stabilit de legiuitor, în lipsa voinţei exprimate de către *de cuius* (persoana decedată) printr-un testament, conform art. 963 C. civ. prin care se stabileşte că succesiunile se cuvin soţului supravieţuitor şi rudelor defunctului şi anume, descendenţilor, ascendenţilor şi colateralilor acestuia, în ordinea şi după regulile prevăzute de lege. *Bunurile dobândite prin donaţie* sunt proprii, indiferent dacă donaţia este făcută prin acte între vii sau prin acte pentru cauză de moarte. Donaţiile între soţi sunt valabile dacă au ca obiect numai

bunuri proprii. În literatura juridică, prin care se face referite şi la practica judiciară, se face sublinierea că ajutorul bănesc sau de orice altă natură dat de părinţii unui soţ se consideră a fi făcut în favoarea copilului/copiilor acestora, cu excepţia cazului în care se prevede în mod expres că gratificarea priveşte pe ambii soţi. În aceste condiţii, achiziţionarea unor bunuri în timpul regimului comunităţii legale, prin contribuţia părinţilor trebuie privită ca o donaţie făcută exclusiv în favoarea copilului lor, exceptând situaţia când s-a prevăzut expres că se doreşte gratificarea ambilor soţi.

Bunurile de uz personal se referă doar la bunurile destinate folosinţei personale, uzului exclusiv al unuia dintre soţi, ca îmbrăcămintea, încălţămintea etc. Bunurile de lux, cum sunt bijuteriile, blănurile de valoare, datorită valorii lor mari, nu sunt considerate bunuri proprii, ci comune, chiar dacă sunt folosite numai de către unul dintre soţi. Pentru a se stabili cu exactitate dacă bijuteriile sau blănurile dobândite au fost achiziţionate pentru uzul personal, se procedează la raportarea acestora la valoarea globală a bunurilor comune.

În practica judiciară s-au făcut şi alte precizări în legătură cu obiectele de lux. Astfel, s-a decis ca în cazul articolelor de lux destinate personal şi exclusiv uzului unuia dintre soţi, se va aprecia de la caz la caz, în funcţie de valoarea lor şi de starea materială a soţilor, dacă astfel de bunuri urmează a fi calificate ca bunuri proprii ale soţului care le foloseşte sau ca bunuri comune ambilor soţi. Sau, într-o altă cauză, s-a decis că bunurile de uz personal sunt comune dacă au o valoare deosebit de mare, disproporţionată faţă de veniturile soţilor şi nivelului lor de viaţă, fiind considerate ca fiind achiziţionate în scopul investirii economiilor

realizate de către soţi în timpul regimului comunităţii legale. În schimb, s-a considerat că 26 grame de aur încorporat într-o proteză dentară a unuia dintre soţi constituie bun propriu, deoarece un asemenea obiect este intim şi efectiv legat, sub aspectul întrebuinţării, de persoana şi sănătatea acelui soţ.

Bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi sunt bunuri proprii, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerţ care face parte din comunitatea de bunuri (fondul de comerţ reprezentând o comunitate de bunuri a soţilor şi elementele componente ale acestei comunităţi au tot caracterul de bunuri comune). Această categorie de bunuri se referă doar la bunurile destinate folosinţei profesionale, în ea încadrându-se bunurile destinate exercitării efective a profesiunii unuia sau celuilalt dintre soţi, cum ar fi: instrumentele de lucru ale unei meserii, maşina de cusut sau ţesut, vioara unui muzician, biblioteca de specialitate a unui om de ştiinţă, atelierul de pictură şi de sculptură etc. Bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi sunt proprii, indiferent dacă ele sunt dobândite cu mijloace proprii ale soţului dobânditor sau cu mijloace comune. Când ambii soţi exercită aceeaşi profesie, bunurile pe care le folosesc pentru exercitarea ei nu sunt comune, ci sunt proprietatea lor pe cote-părţi, deoarece, şi în acest caz, bunurile îşi păstrează calitatea de bunuri proprii.

În practica judiciară s-a decis ca atunci când un soţ exercită în mod concomitent sau succesiv două sau mai multe profesii, bunurile destinate exercitării fiecărei profesii constituie bun propriu, cu condiţia ca exercitarea să reprezinte o îndeletnicire şi să nu aibă caracter întâmplător.

Drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creaţiilor sale şi a supra

semnelor distinctive pe care le-a înregistrat sunt proprii fiecăruia dintre soţi, fiindcă sunt rezultatul calităţilor intelectuale deosebite celui care le-a obţinut. Intră în această categorie: drepturile recunoscute de art. 12 şi 13 din Legea nr. 8/1996 referitoare la proprietatea intelectuală [dreptul patrimonial exclusiv al autorului unei opere de a decide dacă, în ce mod şi când va fi utilizată opera sa, inclusiv de a consimţi la realizarea operei de către alţii, dreptul patrimonial al autorului de a autoriza sau interzice (reproducerea operei; distribuirea operei; importul în vederea comercializării pe piaţa internă a copiilor realizate, cu consimţământul autorului, după operă; închirierea operei; împrumutul operei; comunicarea publică direct sau indirect a operei, prin orice mijloace, inclusiv prin punerea operei la dispoziţia publicului, astfel încât să poară fi accesată în orice loc şi în orice moment ales, în mod individual, de către public; radiodifuzarea operei; retransmisia prin cablu a operei; realizarea de opere derivate); drepturile asupra mărcilor prevăzute de Legea nr. 84/1998, cum ar fi (dreptul la transmiterea prin cesiune a dreptului asupra mărcii prevăzut de art. 40 alin. 1 şi art. 41 din Legea nr. 84/1998; dreptul de a autoriza terţii, în baza unui contract de licenţă, să folosească marca pe întreg teritoriul României sau pe o parte a acestuia, pentru toate sau numai o parte dintre produsele şi serviciile pentru care marca a fost înregistrată, prevăzut de art. 43 alin. 1 din Legea nr. 84/1998; dreptul de a invoca drepturile conferite de marcă împotriva licenţiatului care a încălcat clauzele contractului de licenţă, în ceea ce priveşte durata folosirii, aspectul mărcii şi natura produselor sau serviciilor pentru care licenţa a fost acordată, teritoriul pe care marca a fost folosită, calitatea produselor fabricate sau serviciilor

furnizate de licenţiat sub marca pentru care s-a acordat licenţa, prevăzut de art. 43 alin. 2 din Legea nr. 84/1998); drepturile asupra invenţiilor prevăzute de Legea nr. 64/1991 cum ar fi [(dreptul de proprietate, cu începere de la data depozitului cererii faţă de orice alt depozit privind aceeaşi invenţie, având o dată ulterioară, prevăzut de art. 17 al Legii nr. 64/1991; dreptul exclusiv de exploatare a invenţiei pe întreaga sa durată, prevăzut de art. 32 alin. 1 al Legii nr. 64/1991); drepturile asupra desenelor, modelelor industriale prevăzute de Legea nr. 129/1992, cum ar fi (dreptul exclusiv de a utiliza desenele şi modelele industriale şi de a împiedica utilizarea lor de o terţă parte care nu dispune de consimţământul său; dreptul de a interzice terţilor să efectueze, fără consimţământul titularului desenului sau modelului, următoarele acte: reproducerea, fabricarea, comercializarea ori oferirea spre vânzare, punerea pe piaţă, importul, exportul sau folosirea unui produs în care desenul sau modelul este încorporat ori la care acesta se aplică sau stocarea unui astfel de produs în aceste scopuri, drepturi prevăzute de art. 30 din Legea nr. 129/1992)].

Nu intră în această categorie drepturile patrimoniale încasate cu titlul de drepturi de autor, drepturile patrimoniale pentru invenţiile create şi realizate, pentru desenul sau modelul creat de autor, care constituie bunuri comune dacă sunt dobândite în timpul comunităţii legale sau în timpul comunităţii convenţionale, în acest ultim caz numai dacă prin convenţie matrimonială nu se prevede altfel (art. 341 C. civ.).

c) *Regimul juridic al celor două categorii de bunuri ale soţilor (bunurile comune şi bunurile proprii)*. Cele două categorii de bunuri ale soţilor sunt guvernate de regimuri diferite, cel al bunurilor

comune fiind mai complex, necesitând precizări şi explicaţii mai ample.

Regimul juridic al bunurilor proprii. Potrivit art. 342 C. civ. „Fiecare soţ poate folosi, administra şi dispune liber de bunurile sale proprii, în condiţiile legii".

Mai explicit, soţul proprietar exclusiv al bunurilor proprii poate exercita liber toate atribuţiile dreptului de proprietate privitoare la aceste bunuri şi anume: posesia, folosinţa, dispoziţia. Ca atare, în privinţa bunurilor sale proprii, un soţ poate încheia cu celălalt soţ sau cu un terţ orice act juridic, fie de administrare, fie de folosinţă, fie de dispoziţie.

Singura limită impusă în legătură cu această categorie de bunuri (bunurile proprii) este ca folosinţa, administrarea sau actele de dispoziţie încheiate să respecte prevederile legale (obligaţie comună pentru toate categoriile de acte juridice).

Regimul juridic al bunurilor comune are în vedere două categorii de situaţii juridice; actele de conservare, folosinţă şi de administrare şi actele de înstrăinare şi de grevare (incluzând şi situaţia particulară a aportului de bunuri comune la capitalul social al societăţilor, asociaţiilor sau fundaţiilor).

Actele de conservare, de folosinţă şi de administrare. În conformitate cu art. 345 C. civ. „(1) Fiecare soţ are dreptul de a folosi bunul comun fără consimţământul expres al celuilalt soţ. Cu toate acestea, schimbarea destinaţiei bunului comun nu se poate face decât prin acordul soţilor.

(2) De asemenea, fiecare soţ poate încheia singur acte de conservare, acte de administrare cu privire la oricare dintre bunurile comune, precum şi acte de dobândire a bunurilor comune.

(3) Dispoziţiile art. 322 rămân aplicabile.

(4) În măsura în care interesele sale legate de comunitatea de bunuri au fost prejudiciate printr-un act juridic, soţul care nu a participat la încheierea actului nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soţ, fără a fi afectate drepturile dobândite de terţii de bună-credinţă".

Termenul de terţ de „bună credinţă", dar, în egală măsură, şi ceilalţi termeni folosiţi de legiuitor, necesită o definire, precum şi unele explicaţii.

Actele de conservare sunt acele acte prin care se urmăreşte păstrarea unui bun sau preîntâmpinarea pierderii lui (cum ar fi, de exemplu, întreruperea prescripţiei).

Actele de folosire (întrebuinţare) a bunurilor comune sunt acte curente de folosire (sau întrebuinţare) a bunurilor comune în cadrul gospodăriei sau în afara acesteia fără consimţământul expres al celuilalt soţ. Sub imperiul fostului Cod al familiei (art. 35) se recurgea la mecanismul „prezumţiei de mandat tacit reciproc" pentru a se recunoaşte, indirect, că fiecare dintre soţi puteau folosi bunurile comune fără consimţământul celuilalt soţ. În prezent, se prevede în mod explicit că „fiecare soţ are dreptul de a folosi bunul comun fără consimţământul expres al celuilalt soţ", s-a trecut – aşa cum se subliniază în literatura juridică – de la mecanismul „gestiunii colective" (sau cogestiunii), ce presupune încheierea unui act numai prin acordul ambilor soţi, la mecanismul „gestiunii paralele", care presupune posibilitatea încheierii unui act fie de un soţ, fie de celălalt, fiind suficient, pentru valabilitatea actului, consimţământul soţului care a încheiat actul, nu consimţământul ambilor. Această trecere nu este, însă, totală întrucât se menţine (parţial) şi mecanismul gestiunii colective, adică al

acordului ambilor soţi, pentru cazurile „când se schimbă destinaţia bunurilor” (art. 345 alin. 1, fraza finală). Este vorba de drepturile asupra locuinţei familiei (art. 322 C. civ.).

Actele de administrare sunt cele de întreţinere sau de reparare a bunurilor, inclusiv prin încheierea unor contracte de întreţinere sau reparaţii, precum şi contractele de închiriere a bunurilor comune pentru a fi asigurate astfel întreţinerea şi repararea lor, precum şi realizarea unor venituri.

În ceea ce priveşte actele ce vizează locuinţa familiei, la art. 322 din Codul civil sunt prevăzute următoarele: „(1) Fără consimţământul scris al celuilalt soţ, niciunul dintre soţi, chiar dacă este proprietar exclusiv, nu poate dispune de drepturile asupra locuinţei familiei şi nici nu poate încheia acte prin care ar fi afectată folosinţa acesteia.

(2) De asemenea, un soţ nu poate deplasa din locuinţă bunurile ce mobilează sau decorează locuinţa familiei şi nu poate dispune de acestea fără consimţământul scris al celuilalt soţ.

(3) În cazul în care consimţământul este refuzat fără un motiv legitim, celălalt soţ poate să sesizeze instanţa de tutelă, pentru ca aceasta să autorizeze încheierea actului.

(4) Soţul care nu şi-a dat consimţământul la încheierea actului poate cere anularea lui în termen de un an de la data la care a luat cunoştinţă despre acesta, dar nu mai târziu de un an de la data încetării regimului matrimonial.

(5) În lipsa notării locuinţei familiei în cartea funciară, soţul care nu şi-a dat consimţământul nu poate cere anularea actului, ci numai daune-interese de la celălalt soţ, cu excepţia cazului în care terţul dobânditor a cunoscut, pe altă cale, calitatea de locuinţă a familiei.

(6) Dispoziţiile alin. (5) se aplică în mod corespunzător actelor încheiate cu încălcarea prevederilor alin. (2).”

Acest text are un conţinut complex, necesitând explicaţii suplimentare.

Mai întâi, trebuie făcută sublinierea că drepturile soţilor asupra „locuinţei familiei” se exercită de ambii soţi, fie că este vorba de „drepturi reale” (de natură patrimonială), fie că este vorba de „drepturi de creanţă” (raporturi obligaţionale). Actele prin care este afectată „folosinţa locuinţei familiei” nu pot fi încheiate decât cu consimţământul scris al ambilor soţi [este vorba de *acte de dispoziţie* între vii, oricare ar fi acestea (cum ar fi: vânzarea-cumpărarea, schimbul, donaţia) şi *acte de administraţie* (cum ar fi: închirierea, denunţarea contractului de închiriere, rezoluţiunea contractului de asigurare a locuinţei, subînchirierea imobilului deţinut în temeiul unui contract de închiriere)]. Aşadar, este interzis ca unul dintre soţi să exercite drepturi asupra locuinţei familiei sau să încheie acte prin care ar fi afectată „folosinţa locuinţei familiei”, fără a fi avut consimţământul celuilalt soţ, exprimat în formă scrisă, „chiar dacă acesta este proprietar exclusiv”, adică este vorba de un bun propriu (art. 322 alin. 1, fraza a doua). Credem că pentru acest motiv, regimul juridic al actelor privitoare la „locuinţa familiei” trebuie încadrat în categoria „bunurilor familiei” şi nu al „bunurilor proprii” care se caracterizează prin exercitarea liberă a atributelor dreptului de proprietate.

În al doilea rând trebuie menţionată şi dispoziţia cuprinsă în art. 322 alin. 2 C. civ. potrivit căruia „un soţ nu poate deplasa din locuinţă bunurile ce mobilează sau decorează locuinţa familie şi nu poate dispune de acestea fără

consimţământul celuilalt soţ". Acest text pare a reprezenta o derogare de la regula consacrată în art. 346 alin. 2 din Codul civil, potrivit căreia „… oricare dintre soţi poate dispune singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune a căror înstrăinare nu este supusă… anumitor formalităţi de publicitate", fiind aplicabile şi prevederile art. 345 alin. 4 C. civ. potrivit cărora „… soţul care nu a participat la înstrăinare nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soţ, fără a fi afectate drepturile dobândite de terţii de bună-credinţă" (relativitatea obligaţiilor contractuale). Este, într-adevăr, o limitare a soţului proprietar exclusiv de a-şi exercita dreptul său de proprietate", însă se consideră că această limitare a fost acceptată de soţul proprietar exclusiv în momentul în care a consimţit la notarea în cartea funciară a imobilului proprietatea sa „ca fiind locuinţă de familie", în condiţiile prevăzute de art. 321 din Codul civil potrivit căruia „(1) Locuinţa familiei este locuinţa comună a soţilor sau, în lipsă, locuinţa soţului la care se află copiii.

(2) Oricare dintre soţi poate cere notarea în cartea funciară, în condiţiile legii, a unui imobil ca locuinţă a familiei, chiar dacă nu este proprietarul imobilului".

În ceea ce ne priveşte, socotim că art. 321 din Codul civil nu constituie o argumentare suficientă în sprijinul tezei „acceptării înscrierii imobilului în cartea funciară de către ambii soţi" deoarece din text rezultă doar că înscrierea în cartea funciară se poate face de către oricare dintre soţi, nemenţionându-se necesitatea vreunui acord al soţilor în această privinţă.

Un argument mai solid s-ar putea deduce, implicit şi tacit, din scopul edictării unei asemenea limitări în exercitarea dreptului de proprietate exclusivă şi anume, acela al instituirii pe cale

legală a unei protecţii a familiei şi copiilor faţă de eventualele abuzuri ale proprietarului exclusiv al imobilului care constituie „locuinţa familiei”.

În ceea ce priveşte „consimţământul expres, exprimat în scris, a ambilor soţi, în legătură cu drepturile asupra locuinţei familiei, în literatura juridică se face sublinierea că această regulă (a consimţământului expres al ambilor soţi) nu înseamnă că prin orice act de dispoziţie ce priveşte locuinţa familiei aceasta devine „insesizabilă”. Dimpotrivă, soţul proprietar al imobilului poate dispune de el prin testament, bunul poate fi partajat (dacă acesta constituie proprietate comună indiviză), bunul poate fi urmărit de creditorii soţului proprietar debitor, bunul poate fi expropriat.

Atunci când locuinţa familiei este proprietatea exclusivă a unuia dintre soţi, consimţământul celuilalt soţ are valoarea unui act juridic permisiv (a unei autorizaţii), fiind un consimţământ de neopunere (de neîmpotrivire), fără ca prin aceasta soţul care consimte în acest fel să devină parte în contractul încheiat de soţul proprietar. Dar, dacă locuinţa este proprietatea comună a soţilor (în devălmăşie sau pe cote-părţi) soţii îşi exprimă consimţământul în calitate de proprietari, ei devenind părţi în actul juridic încheiat.

În ceea ce priveşte consimţământul propriu-zis (mai exact forma de exprimare a acestuia), legea nu prevede „forma autentică notarială”, singurele condiţii de valabilitate cerute fiind ca el „să fie personal” şi „în formă scrisă”. Deci, forma scrisă a consimţământului este o formă cerută *ad probationem* (numai pentru dovada actului juridic în cauză) nu una *ad validitatem* (condiţie cerută pentru valabilitatea unui act juridic), nerespectarea ei atrăgând doar imposibilitatea dovedirii consimţământului prin alt mijloc de probă.

Dar, în ipoteza în care imobilul locuinţa familiei este bun comun al ambilor soţi, iar cu privire la acest imobil se încheie un act juridic prin care se transmite dreptul de proprietate din patrimoniul soţilor sau se constituie drepturi reale ce trebuie înscrise în cartea funciară, actul juridic obligatoriu trebuie să îmbrace forma autentică *ad validitatem* (art. 1244 C. civ., potrivit căruia „În afara altor cazuri prevăzute de lege, trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancţiunea nulităţii absolute, convenţiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară").

În cazul în care unul dintre soţi refuză să-şi dea consimţământul, soţul care a solicitat acest consimţământ nu poate exercita drepturile asupra locuinţei familiei şi nici încheia acte prin care este afectată o astfel de locuinţă. De asemenea, el nu poate deplasa din locuinţă bunuri care o mobilează sau o decorează şi nu poate dispune de acestea.

Soţul refuzat are însă deschisă calea de a se adresa instanţei de tutelă (adică judecătoriei de la domiciliul soţului chemat în judecată, care a refuzat să-şi dea consimţământul), instanţa putând să autorizeze încheierea actului juridic respectiv.

Pentru acordarea autorizării judecătoreşti sunt necesare a fi îndeplinite, cumulativ, următoarele condiţii: exercitarea drepturilor sau încheierea actelor să privească un imobil cu destinaţia de locuinţă a familiei ori bunuri mobile ce servesc pentru mobilarea sau decorarea locuinţei familiei; unul dintre soţi să refuze de a-şi exprima consimţământul; refuzul să fie unul nelegitim (în tăcerea legii, s-a considerat că refuzul nelegitim poate apărea în situaţia în care prin încheierea actului respectiv nu se prejudiciază interesele familiei, lipsa consimţământului având numai scop de şicană).

Încheierea unui act de dispoziţie în privinţa locuinţei familiei sau a bunurilor mobile ce mobilează sau decorează locuinţa familiei, sau încheierea unui act prin care este afectată locuinţa familiei, fără consimţământul celuilalt soţ atrage nulitatea relativă a actului care, în consecinţă, poate fi invocată numai de cel vătămat, adică de soţul care nu şi-a exprimat consimţământul. Cu alte cuvinte, în cazul în care un soţ a dispus de bunurile mobile care decorează sau mobilează locuinţa familiei fără consimţământul scris al celuilalt soţ, soţul care nu şi-a dat consimţământul poate promova acţiune în anulare dacă imobilul în care se află bunurile mobile obiect al actului juridic încheiat a fost notat în cartea funciară ca locuinţă de familie ori, în lipsa notării, dacă terţul contractant a fost de rea-credinţă (adică dacă a cunoscut faptul că bunul respectiv era destinate să decoreze sau să mobileze locuinţa familiei; aceasta întrucât, dacă imobilul în care se află bunurile respective a fost notat în cartea funciară ca locuinţă de familie, operează o „prezumţie legală" de cunoaştere, de către terţi a destinaţiei acestor bunuri). Numai în aceste două situaţii juridice (notarea în cartea funciară ca locuinţă a familiei, unde se găsesc bunurile şi reaua-credinţă a terţilor) există posibilitatea de a se „readuce bunurile în locuinţa familiei". Dacă terţul a fost de bună-credinţă, ori bunurile mobile s-au aflat într-un imobil nedeclarat în cartea funciară ca fiind locuinţă de familie, soţul care nu şi-a dat consimţământul nu are dreptul decât la daune-interese (despăgubiri) din partea soţului contractant, fără a putea exercita acţiunea în anularea actului încheiat (posesia de bună-credinţă a dobânditorului (art. 937 alin. 1 C. civ.).

În literatura juridică, făcându-se deosebirea între „acţiunea în anulare" şi „acţiunea în daune-

interese", la care soţul nu şi-a dat consimţământul la mutarea sau înstrăinarea bunurilor mobile aflate în locuinţa de familie, se remarcă faptul că „acţiunea în anulare" poate fi promovată şi atunci „când nu există autorizaţia instanţei de tutelă" dată unuia dintre soţi pentru a dispune de drepturi asupra locuinţei familiei, a încheia acte juridice cu privire la locuinţa familiei, a deplasa din locuinţă bunuri mobile ce decorează sau mobilează locuinţa familiei sau pentru a încheia acte de dispoziţie cu privire la aceste bunuri mobile (aceasta întrucât autorizaţia emisă are rolul de a suplini, de fapt, consimţământul celuilalt soţ ori de câte ori se constată că refuzul său este nelegitim).

Acţiunea în anularea actului încheiat de un soţ fără consimţământul scris al celuilalt soţ se exercită în termen de un an, care curge de la data la care acesta a cunoscut încheierea actului, dar nu mai târziu de un an de la momentul încetării regimului matrimonial. În situaţia în care încheierea actului nu se cunoaşte în termen de un an calculat de la momentul încetării regimului matrimonial, termenul special de prescripţie de un an începe să curgă de la împlinirea unui an de la momentul încetării regimului matrimonial. Termenul de un an de la data încetării regimului matrimonial „nu este un termen de prescripţie extinctivă sau un termen limită până la care trebuie declanşată acţiunea, ci are funcţia de a marca momentul de la care începe să curgă prescripţia pentru ipoteza în care încheierea actului de către un soţ fără consimţământul scris al celuilalt soţ nu a fost cunoscută de acesta din urmă în termen de un an socotit din momentul încheierii actului". Deci, se poate spune că legea a „instituit o prezumţie absolută", în sensul că încheierea actului a fost cunoscută sau trebuia să fie cunoscută de cel ce ar fi fost interesat să invoce „nulitatea relativă" (valabilă până la proba

contrară) cel mai târziu la expirarea termenului de un an de la momentul încetării regimului matrimonial. În literatura juridică se face sublinierea, în această privinţă, că prin regula sus-menţionată (la fel ca în cazul regulii generale privind începutul prescripţiei extinctive prevăzută la art. 2523 C. civ.) sunt stabilite „două momente alternative de la care prescripţia poate începe să curgă" şi anume: „un moment subiectiv principal", constând în data la care titularul a cunoscut naşterea dreptului la acţiune, şi „un moment obiectiv, subsidiar", constând în data la care, după împrejurări, titularul dreptului la acţiune în anulare trebuia să cunoască naşterea dreptului său la acţiune.

În ceea ce ne priveşte socotim că soţul interesat de promovarea acţiunii în anulare nu dispune de două termene de prescripţie, ci numai de un singur termen „în principal de termenul care începe să curgă de la data la care a luat cunoştinţă despre actul celuilalt soţ".

Din moment ce se face „dovada certă" că soţul care nu şi-a dat consimţământul la încheierea actului respectiv a cunoscut momentul actului în cauză, prescripţia începe să curgă din acel moment, soţul interesat nemaiputând să invoce şi „termenul obiectiv" de la care începe să curgă prescripţia (acela al încetării regimului matrimonial).

Acţiunea în daune-interese la care este îndrituit soţul ce nu şi-a dat consimţământul (cazul când terţul contractant a fost de bună-credinţă, fiind deci exclusă acţiunea în anulare), este de competenţa instanţei de tutelă (judecătoria sau tribunalul în funcţie de valoarea obiectului litigiului) în a cărei rază teritorială se află domiciliul soţului chemat în judecată, de la care se pretind daune-interese.

Termenul de prescripţie al dreptului la acţiunea în daune-interese, dat fiind caracterul special al materiei, considerăm că este cel de un an şi începe să curgă în aceleaşi condiţii ca şi pentru termenul de prescripţie al dreptului la acţiune în anulare (art. 322 alin. 4, 5 şi 6 C. civ.).

Drepturile soţilor asupra locuinţei închiriate. Potrivit art. 323 C. civ. „(1) În cazul în care locuinţa este deţinută în temeiul unui contract de închiriere, fiecare soţ are un drept locativ propriu chiar dacă numai unul dintre ei este titularul contractului ori contractul este încheiat înainte de căsătorie.

(2) Dispoziţiile art. 322 sunt aplicabile în mod corespunzător (este vorba de actele juridice încheiate fără consimţământul celuilalt soţ).

(3) În caz de deces al unuia dintre soţi, soţul supravieţuitor continuă exercitarea dreptului locativ, dacă nu renunţă în mod expres la acesta, în termenul prevăzut de art. 1834 C. civ. (30 de zile de la înregistrarea decesului chiriaşului)".

Aşadar, poate constitui „locuinţă de familie" nu numai locuinţa proprietate comună a soţilor sau proprietatea exclusivă a unuia dintre ei, ci şi locuinţa ocupată în temeiul unui contract de închiriere, indiferent care dintre soţi ar fi titularul contractului de închiriere sau dacă contractul de închiriere s-a încheiat înainte de căsătoriei. Cu alte cuvinte, deşi titulari ai contactului de închiriere pot fi ambii soţi sau numai unul dintre aceştia „fiecare soţ poate încheia acte în privinţa locuinţei de familie închiriate, acte prin care este afectată folosinţa locuinţei, acte de deplasare din locuinţă a bunurilor mobile care mobilează sau decorează locuinţa ori de înstrăinare a acestor bunuri", însă „doar cu consimţământul celuilalt soţ" (art. 323 alin. 2 combinat cu art. 322 din Codul civil).

În cazul în care unul dintre soţi refuză să-şi dea consimţământul, celălalt soţ nu poate încheia acte prin care este afectată o astfel de locuinţă, însă se poate adresa instanţei de tutelă (adică judecătoriei de la domiciliul pârâtului), pentru a obţine autorizarea încheierii actului (art. 323 alin. 2 combinat cu art. 322 alin. 3 din Codul civil).

Pentru acordarea autorizaţiei este necesară întrunirea, cumulativă, a următoarelor condiţii: încheierea actelor să privească un imobil cu destinaţia de „locuinţă a familiei", deţinut în temeiul unui contract de închiriere ori bunuri mobile ce mobilează sau decorează un asemenea imobil (art. 323 alin. 1 combinat cu art. 322 alin. 1 şi 2 C. civ.); unul dintre soţi să refuze să-şi dea consimţământul (art. 323 combinat cu art. 322 alin. 3 C. civ.); refuzul să fie unul nelegitim (art. 323 combinat cu art. 322 alin. 3 C. civ.).

Sancţiunea încălcării de către unul dintre soţi a interdicţiei de a dispune, fără consimţământul scris al celuilalt soţ, de locuinţa de familie sau de bunuri mobile care mobilează sau decorează o asemenea locuinţă, este „nulitatea relativă" a actului care, în consecinţă, poate fi invocată numai de partea vătămată (soţul care nu şi-a dat consimţământul) şi „poate fi acoperită ulterior prin confirmarea (expresă sau tacită) a acesteia" (de exemplu, prin renunţarea la acţiunea în anulare sau ratificarea actului încheiat).

Acţiunea în anulare (intentată de soţul vătămat) poate fi promovată numai atunci când s-a făcut menţiunea în cartea funciară despre faptul că imobilul în cauză este locuinţă a familiei, aceasta întrucât numai printr-o asemenea notare terţii pot cunoaşte faptul că acest imobil, cu privire la care contractează, este locuinţă de familie, iar actele încheiate în legătură cu acestea sunt valabile numai cu consimţământul ambilor soţi. În cazul în

care această condiţie nu a fost îndeplinită (menţionarea în cartea funciară a caracterului de locuinţă a familiei), soţul care nu şi-a dat consimţământul are dreptul doar la o acţiune în „daune-interese” (despăgubiri), aceasta încă cu excepţia cazului când s-a face dovada că terţul a fost totuşi de rea-credinţă, în sensul că a cunoscut pe altă cale faptul că imobilul este locuinţă a familiei.

O situaţie juridică deosebită există în cazul „locuinţelor cu destinaţie specială” (locuinţe sociale, locuinţe de serviciu sau locuinţe de protocol).

Dispoziţiile art. 323 C. civ. nu conţin menţiuni cu privire la „regimul juridic aplicabil locuinţelor din această categorie”, deşi şi astfel de locuinţe pot servi interesele locative ale familiei.

În literatura juridică această problemă a fost tratată cu rigoarea ştiinţifică necesară, ajungându-se la concluzia că trebuie făcută diferenţiere între regimurile juridice aplicabile în cazul „contractelor de închiriere a locuinţelor din dreptul comun” şi „contractele de închiriere cu destinaţie specială, cărora şi se aplică un regim juridic tot cu caracter special”.

S-a făcut sublinierea că în această privinţă s-ar putea ajunge la următoarea situaţie: în cazul închirierii unei locuinţe de serviciu, demisia soţului titular al contractului de închiriere atrage pierderea dreptului său locativ şi, în acelaşi timp, pierderea dreptului locativ al familiei sale. Or, într-o atare situaţie, dacă exercitarea drepturilor asupra locuinţei familiei ar fi condiţionată de consimţământul scris al celuilalt soţ, aceasta ar însemna, implicit, că şi demisia soţului titular al contactului de închiriere ar fi, şi ea, condiţionată de acordul celuilalt soţ, deoarece ar fi în joc soarta locuinţei conjugale.

Alţi autori au susţinut, însă, mai clar, că atunci când locuinţa familiei este deţinută în baza unui contract de închiriere „care este accesoriu contractului de muncă”, în vederea asigurării libertăţii profesiei, soţul titular al contractului îşi poate da demisia fără a fi necesar acordul scris al celuilalt soţ chiar dacă, prin aceasta, familia este privată de acea locuinţă.

Această cerinţă a „independenţei soţilor” este pusă în evidenţă şi de către autorul precedent care atrage atenţia că acordul soţului pentru demisia celuilalt soţ aduce atingere principiului independenţei soţilor, prevăzut de art. 310 C. civ., care consacră libertatea fiecărui soţ de a-şi alege profesia pe care o doreşte.

Într-o analiză mai completă şi mai precisă se argumentează în sensul că locuinţele cu destinaţie specială, cum sunt cele de serviciu, de protocol, de necesitate, de intervenţie, acestea sunt folosite de către titularul contractului de închiriere numai pe timpul cât persistă condiţia esenţială care a justificat atribuirea folosinţei sale. Astfel de locuinţe (tip de locuinţe) sunt accesorii ale contactului individual de muncă şi, ca atare, atunci când contractul individual de muncă respectiv încetează, fie de drept, fie din iniţiativa angajatului ori a angajatorului, ori, în cazul locuinţei de intervenţie, dacă se modifică atribuţiile specifice postului ocupat de titularul contractului de închiriere (de exemplu, titularul contractului nu mai îndeplineşte activităţi sau funcţii ce necesită prezenţa permanentă sau de caz de urgenţă), nu mai vreo legitimare pentru deţinerea imobilului de acest tip. De exemplu, locuinţa de protocol poate fi utilizată numai atâta timp cât titularul contractului de închiriere îndeplineşte funcţii sau demnităţi publice. Tot astfel, locuinţa de necesitate se utilizează doar temporar, până când familia reuşeşte să-şi procure o altă locuinţă sau cât timp

durează lucrările de reabilitare ale propriei locuinţe, după caz. Încetarea exercitării activităţilor sau funcţiilor care necesită prezenţa permanentă sau în caz de urgenţă „suntem în prezenţa dispariţiei condiţiei esenţiale care a justificat atribuirea locuinţei”, independent, de cele mai multe ori, de voinţa titularului contractului de închiriere, şi nu ca urmare a unui act de voinţă al titularului contractului prin care s-ar afecta locuinţa familiei. Prin urmare, atunci când dispare condiţia esenţială care a stat la baza atribuirii beneficiului contractului de închirierea, datorită unor împrejurări care fie sunt independente de voinţa titularului contractului de închiriere, fie nu pot fi condiţionate de consimţământul scris al celuilalt soţ, din cauză că s-ar nesocoti principii fundamentale aplicabile în raporturile dintre soţi, cum este şi principiul independenţei soţilor, considerat de art. 310 C. civ. titularul contractului de închiriere şi, implicit, familia „pierd dreptul locativ în temeiul legii”.

În ceea ce priveşte atribuirea contractului de închiriere, în caz de desfacere a căsătoriei, potrivit art. 324 din Codul civil „(1) La desfacerea căsătoriei, dacă nu este posibilă folosirea locuinţei de către ambii soţi şi aceştia nu se înţeleg, beneficiul contractului de închiriere poate fi atribuit unuia dintre soţi, ţinând seama, în ordine, de interesul superior al copiilor minori, de culpa în desfacerea căsătoriei şi de posibilităţile locative proprii ale foştilor soţi.

(2) Soţul căruia i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere este dator să plătească celuilalt soţ o indemnizaţie pentru acoperirea cheltuielilor de instalare într-o altă locuinţă, cu excepţia cazului în care divorţul a fost pronunţat din culpa exclusivă a acestuia din urmă. Dacă există bunuri comune, indemnizaţia se poate imputa, la partaj, asupra cotei cuvenite soţului

căruia i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere.

(3) Atribuirea beneficiului contractului de închiriere se face cu citarea locatorului şi produce efecte faţă de acesta de la data când hotărârea judecătorească a rămas definitivă.

(4) Prevederile alin. (1) - (3) se aplică în mod similar şi în cazul în care bunul este proprietatea comună a celor 2 soţi, atribuirea beneficiului locuinţei conjugale producând efecte până la data rămânerii definitive a hotărârii de partaj."

Textul sus menţionat se referă la două situaţii juridice distincte: a) „atribuirea beneficiului contactului de închiriere" şi b) „atribuirea beneficiului locuinţei conjugale" (când locuinţa este proprietate comună a soţilor); în prima situaţie atribuirea beneficiului contractului de închiriere având caracter definitiv, în timp ce, în a doua situaţie, atribuirea beneficiului locuinţei conjugale este provizorie, măsura încetând odată cu rămânerea definitivă a hotărârii de partaj, măsura atribuirii, în acest din urmă caz, nefiind o înstrăinare (art. 32 din Codul civil).

a) *Atribuirea beneficiului contractului de închiriere.* La desfacerea căsătoriei prin divorţ, soţii se pot înţelege în privinţa folosinţei locuinţei deţinută de soţi fie în temeiul unui contract de închiriere, fie se află în proprietate comună (regimul juridic în acest din urmă caz fiind deosebit). Dacă însă soţii nu se înţeleg sau acest lucru (folosinţa comună) nu este posibil (de exemplu, locuinţa nu este comod partajabilă, adică nu pot fi create două unităţi locative distincte, ori se apreciază că nu este moral ca foştii soţi să mai locuiască împreună, ori unul dintre soţi are o altă locuinţă), beneficiul contractului de închiriere sau, după caz, beneficiul locuinţei conjugale se atribuie, de către instanţa de tutelă, unuia dintre

soţi. În primul caz, al locuinţei deţinute în temeiul unui contract de închiriere, atribuirea are caracter definitiv, în cel de al doilea caz, locuinţa în proprietatea comună a ambilor soţi, atribuirea beneficiului locuinţei conjugale are un caracter provizoriu, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de partaj.

Competenţa de soluţionare a acţiunilor în atribuirea beneficiului contractelor de închiriere şi, respectiv, a acţiunilor în atribuirea beneficiului locuinţei conjugale revine judecătoriei învestite cu soluţionarea acţiunii de divorţ (dacă cererea de atribuire se formulează în cadrul acţiunii de divorţ) sau al judecătoriei unde se află imobilul, în cazul în care cererea se face pe cale separată, adică ulterior divorţului soţilor, în acest ultim caz nemaifiind vorba de divorţ, ci de o acţiune în partajarea folosinţei unui imobil şi în continuare de partaj intrapatrimonial (art. 32 C. civ. şi art. 2 pct. 1 lit. b raportat la art. 13 din Codul de procedură civilă).

Când divorţul s-a pronunţat pe cale administrativă sau notarială (în prezent existând asemenea posibilităţi instituite prin noul Cod civil român), competenţa de atribuire a beneficiului locuinţei conjugale şi ulterior a partajului aparţine instanţei de tutelă (instanţei de judecată).

Atribuirea beneficiului contractului de închiriere se face „cu citarea locatorului şi produce efecte faţă de acesta de la data când hotărârea judecătorească a rămas definitivă” (art. 324 alin. 3 C. civ., de reamintit că până la intrarea în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, termenul folosit de legiuitor era acela de „irevocabilă”).

Criteriile după care instanţa de judecată atribuie beneficiul contractului de închiriere, respectiv beneficiul folosinţei locuinţei conjugale,

sunt următoarele: interesul superior al copiilor minori; culpa în desfacerea căsătoriei; posibilităţile locative proprii ale fiştilor soţi (art. 324 alin. 1 C. civ.), făcându-se sublinierea că aceste criterii prevăzute de lege trebuie aplicate în ordinea enumerării lor, cu unele nuanţări şi anume, că în cazul în care se constată culpa exclusivă a unuia dintre soţi în desfacerea căsătoriei, care nu are posibilităţi proprii, beneficiul contractului de închiriere sau al locuinţei conjugale nu poate fi atribuit soţului culpabil, chiar dacă celălalt soţ ar avea posibilităţi locative proprii. Numai în cazul în care se reţine culpa comună a soţilor, iar unul dintre ei are posibilităţi locative proprii, beneficiarul contractului de închiriere sau al locuinţei conjugale, în caz de neînţelegere între soţi, va fi atribuit soţului care nu are posibilităţi locative.

Se mai atrage atenţia asupra faptului că ordinea de aplicare a criteriilor sus-menţionate este obligatorie atât pentru soţi, cât şi pentru instanţa de judecată sesizată cu acţiunea în partajarea folosinţei imobilului, această ordine neputând fi schimbată nici convenţional între soţi, prin inserarea în convenţia matrimonială a unor alte criterii de prioritate în atribuire.

În sfârşit, se pune în evidenţă şi faptul că art. 324 C. civ. nu reglementează modalitatea de atribuire a beneficiului contractului de închiriere sau folosinţa locuinţei conjugale, după caz, în situaţia în care nici unul dintre criteriile, la care se referă art. 324 alin. 1 C. civ., nu poate fi aplicat: de exemplu, soţii nu au copii minori, ambii sunt culpabili pentru destrămarea căsătoriei ori divorţul se pronunţă prin acordul soţilor şi nici unul dintre ei nu are posibilităţi locative proprii sau, dimpotrivă, ambii au posibilităţi locative proprii. Într-o asemenea ipoteză se ridică, desigur, problema care ar fi criteriul după care se va partaja

folosinţa locuinţei familiei. Se consideră că într-o astfel de situaţie, atribuirea, în caz de neînţelegere, se face în funcţie de împrejurările cauzei, ţinându-se seama de anumite crierii ca: posibilitatea de a-şi procura o locuinţă proprie; conduita soţilor în privinţa locuinţei, luându-se în considerare elemente ca neefectuarea reparaţiilor, provocarea de stricăciuni locuinţei, faptul utilizării locuinţei de către unul dintre soţi o perioadă mai îndelungată de timp.

Soţul căruia i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere sau, după caz, a beneficiului folosinţei locuinţei conjugale, este dator să plătească celuilalt soţ o „indemnizaţie pentru acoperirea cheltuielilor de instalare într-o altă locuinţă, cu excepţia cazului când divorţul a fost pronunţat din culpa exclusivă a acestuia din urmă". În ceea ce priveşte situaţia când locuinţa familială reprezintă proprietatea comună a ambilor soţi, indemnizaţia se poate imputa, la partaj, asupra „cotei cuvenite soţului căruia i s-a atribuit beneficiul folosinţei locuinţei conjugale" (art. 324 alin. 2 C. civ.). Aşadar, acordarea indemnizaţiei este condiţionată de „lipsa culpei exclusive a soţului beneficiar în destrămarea căsătoriei".

Indemnizaţia sus-menţionată se acordă în următoarele ipoteze: în cazul în care divorţul s-a pronunţat din culpa exclusivă a soţului căruia i s-a atribuit contractul de închiriere; în cazul în care divorţul s-a pronunţat din culpa comună a ambilor soţi; în cazul divorţului, pronunţat la cererea soţului a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei; în cazul divorţului pe cale administrativă sau notarială când soţii sunt de acord cu divorţul şi nu au copii minori. Indemnizaţie nu se acordă atunci când divorţul s-a pronunţat din culpa exclusivă a soţului căruia nu i s-a acordat beneficiul contractului de închiriere

sau, după caz, beneficiul de folosinţă a locuinţei conjugale .

Indemnizaţia se stabileşte de comun acord de către soţi sau, în caz de neînţelegere, de instanţa de tutelă sesizată cu acţiunea în partajarea folosinţei locuinţei închiriate sau a locuinţei conjugale proprietate comună a foştilor soţi, adică judecătoria – ca instanţă de tutelă – competentă să soluţioneze acţiunea de divorţ (dacă cererea de atribuire a beneficiului contractului de închiriere sau al locuinţei conjugale se formulează în cadrul procedurii de divorţ), respectiv a judecătoriei de la domiciliul pârâtului (dacă cererea se formulează pe cale separată).

Indemnizaţia cuprinde „toate cheltuielile necesare şi utile" pentru ca soţul căruia nu i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere sau beneficiului folosinţei locuinţei conjugale, după caz, să se poată instala într-o nouă locuinţă".

Pentru cazul în care soţul căruia nu i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere sau, după caz, beneficiul folosinţei locuinţei conjugale, s-ar instala la hotel, până la alegerea unei noi locuinţe, considerăm că pe această perioadă de timp nu-i este datorată indemnizaţia la care se referă art. 324 alin. 2 din C. civ. pentru că această situaţie nu presupune „cheltuieli de instalare".

Indemnizaţia poate fi plătită fie odată cu partajarea folosinţei locuinţei sau poate fi imputată, cu ocazia „transferului intrapatrimonial" (operaţie la care se referă art. 32 C. civ.), atunci când se face partajarea bunurilor comune, situaţie în care imputarea se realizează asupra cotei-părţi din bunurile comune ale soţului căruia i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere, ori, după caz, beneficiul folosirii locuinţei conjugale.

b) *Atribuirea beneficiului folosinţei locuinţei conjugale care este proprietate comună a soţilor.*

Aşa cum am arătat şi mai sus, la desfacere căsătoriei, atunci când soţii nu se înţeleg în privinţa folosirii locuinţei familiei, instanţa de judecată poate lua măsura, la cererea acestora sau a unuia dintre ei, atribuirii modului de folosinţă a locuinţei familiale. În această privinţă trebuie făcută o diferenţiere între două situaţii juridice: când locuinţa este deţinută în temeiul unui contract de închiriere şi când locuinţa familială se află în proprietatea comună a soţilor. În primul caz, instanţa atribuie beneficiul contactului de închiriere, atribuire care are caracter definitiv, în cel de al doilea caz atribuindu-se beneficiul folosinţei locuinţei conjugale în mod provizoriu până la partajarea bunurilor comune între foştii soţi.

Potrivit art. 31 din Codul civil patrimoniul persoanelor fizice „poate face obiectul unei diviziuni sau afectaţiuni în cazurile şi condiţiile prevăzute de lege”.

Patrimoniul nu poate fi despărţit de persoană, deoarece numai persoanele pot avea drepturi şi obligaţii apreciabile în bani. Totuşi trebuie făcută o diferenţiere între „fracţionarea patrimoniului”, care este proprie persoanei juridice (care poate să îşi fracţioneze propriul patrimoniu, alocând unele active sau fonduri pentru a realiza un proiect anume, cum ar fi, de exemplu, afectarea unor bunuri mobile sau imobile pentru înfiinţarea unei fabrici),când are loc o „separaţie de patrimoniu” şi „diviziunea patrimonială”, care are în vedere un patrimoniu unic, al unui singur titular, fiind vorba de o „separaţie intrapatrimonială” (o separaţie între fracţiunile patrimoniului, care se operează în cadrul acestui tip de diviziune sau afectaţiune, când transferul drepturilor şi obligaţiilor dintr-o masă patrimonială în alta, în cadrul aceluiaşi patrimoniu, nu constituie o înstrăinare – art. 32 alin. 2 C. civ.). Această situaţie juridică

caracteristică separaţiei intrapatrimoniale explică şi faptul că atribuirea beneficiului de folosinţă a locuinţei conjugale, atunci când locuinţa respectivă se află în proprietatea comună a soţilor, nu poate fi decât provizorie, până la partajarea bunurilor comune între foştii soţi.

3. *Alegerea regimului matrimonial şi caracteristicile celor trei categorii de regimuri matrimoniale: regimul comunităţii legale; regimul separaţiei de bunuri şi regimul comunităţii convenţionale.*

A. *Alegerea regimului matrimonial.* Potrivit art. 329 C. civ. „Alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunităţii legale se face prin încheierea unei convenţii matrimoniale".

Textul sus-menţionat consacră „principiul libertăţii convenţiilor matrimoniale", libertate care, însă, este limitată, în sensul că soţii sau viitorii soţi nu pot alege decât din paleta regimurilor matrimoniale permise de lege şi anume: regimul comunităţii legale de bunuri, regimul separaţiei de bunuri şi regimul comunităţii convenţionale de bunuri.

Ori de câte ori viitorii soţi optează pentru regimul separaţiei de bunuri sau pentru acela al comunităţii convenţionale, alegerea unuia dintre aceste două regimuri matrimoniale presupune, obligatoriu, încheierea unei „convenţii matrimoniale".

Convenţia matrimonială este un acord de voinţe liber exprimat de viitorii soţi sau de soţi în ipoteza în care convenţia se încheie în timpul căsătoriei (art. 330 alin. 3 C. civ.), în formă autentică, prin care aceştia aleg un alt regim matrimonial decât cel al comunităţii de bunuri. Aşadar, convenţia matrimonială este „un acord de voinţe liber exprimate de soţi sau viitorii soţi, după

caz, în formă autentică, prin care aceştia aleg un alt regim matrimonial decât cel al comunităţii legale de bunuri", fundamentul convenţiei matrimoniale constituindu-l căsătoria, iar scopul regimurilor matrimoniale fiind acela de a „reglementa raporturile patrimoniale dintre soţi". Deci, efectele şi cauza juridică a convenţiei matrimoniale sunt strâns legate între ele de instituţia căsătoriei.

Părţile şi obiectul convenţiei matrimoniale. Părţile sunt viitorii soţi sau soţii, după caz, iar atunci când convenţia matrimonială cuprinde diferite clauze, cum ar fi, de exemplu, o donaţie, toate celelalte persoane, în afara soţilor sau viitorii soţi, „sunt participanţi la convenţia matrimonială, fiind terţi faţă de acesta".

În linii mai generale, convenţia matrimonială este un „contract", în sensul că acesta poate conţine nu numai clauze privitoare la regimul matrimonial aplicabil, ci şi alte clauze cum ar fi „donaţii între soţi", „recunoaşterea unui copil" etc. Astfel de acte juridice, aşa cum se subliniază în literatura juridică, îşi păstrează natura lor proprie, independentă, neputându-se altera convenţia matrimonială prin faptul că ele se găsesc stipulate în cuprinsul convenţiei matrimoniale.

Clauza de preciput. Potrivit art. 333 din Codul civil „(1) Prin convenţie matrimonială se poate stipula ca soţul supravieţuitor să preia fără plată, înainte de partajul moştenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deţinute în devălmăşie sau în coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soţi sau numai în favoarea unuia dintre ei.

(2) Clauza de preciput nu este supusă raportului donaţiilor, ci numai reducţiunii, în condiţiile art. 1.096 alin. (1) şi (2).

(3) Clauza de preciput nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunităţii, bunurile ce fac obiectul clauzei.

(4) Clauza de preciput devine caducă atunci când comunitatea încetează în timpul vieţii soţilor, când soţul beneficiar a decedat înaintea soţului dispunător ori când aceştia au decedat în acelaşi timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni.

(5) Executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent."

Scopul urmărit prin includerea clauzei de preciput în convenţia matrimonială este acela de a se crea un avantaj soţului supravieţuitor (el fiind cel care a convieţuit cu defunctul), prin preluarea de către acesta a unor bunuri anterior partajului, astfel încât aceste bunuri preluate să nu intre în masa partajabilă. Preluarea acestor bunuri anterior partajului sunt supuse regulii „reducţiunii liberalităţilor excesive" instituite prin art. 1091 şi următoarele din Codul civil, reducţiunea putând fi cerută numai de către moştenitorii rezervatari (soţul supravieţuitor, descendenţii şi ascendenţii privilegiaţi, adică soţul supravieţuitor – art. 970 C. civ.; copiii defunctului şi urmaşii lor în linie dreaptă – art. 975 alin. 1 C. civ. şi tatăl şi mama defunctului – art.976 alin. 1 C. civ.) şi succesorii lor şi de către creditorii chirografari ai moştenitorilor rezervatari, adică creditorii a căror creanţă nu este însoţită de nicio garanţie reală sau personală, care se realizează prin dreptul de gaj general al creditorilor, în general, asupra patrimoniului debitorului (art. 1093 C. civ.).

Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soţi sau numai în favoarea unuia dintre ei şi poate fi stipulată odată cu încheierea convenţiei matrimoniale ori ulterior

acesteia, efectul imediat al acesteia fiind „naşterea dreptului de preciput, afectat de o condiţie suspensivă” (decesul unuia dintre soţi). Şi, întrucât legea nu condiţionează valabilitatea clauzei de preciput de „durata căsătoriei”, se consideră că ea produce efecte, chiar dacă decesul unuia dintre soţi intervine imediat după încheierea căsătoriei.

Instituţia „preciputului” făcând obiectul unei clauze cuprinse în convenţia matrimonială, existenţa sa depinde de faptul dacă viitorii soţi (ori soţii), după încheierea căsătoriei, după caz, încheie o astfel de convenţie, clauza de preciput fiind, aşadar, un accesoriu al convenţiei matrimoniale şi, în consecinţă, trebuind să îndeplinească aceleaşi condiţii de valabilitate ca şi cele cerute pentru actul principal – convenţia matrimonială. Dar, faptul că soţii au încheiat o convenţie matrimonială, nu presupune nicidecum că ar fi obligatorie şi includerea în convenţie a unei clauze de preciput, care constituie doar o opţiune a soţilor.

În ceea ce priveşte natura juridică a clauzei de preciput în literatura juridică s-au exprimat diverse opinii care nu pot fi trecute cu vederea. Astfel, s-a exprimat părerea potrivit căreia această clauză poate fi privită ea însăşi ca fiind „o convenţie a soţilor” prin care se conferă soţului supravieţuitor posibilitatea de a prelua unul sau mai multe bunuri comune, cu titlu gratuit, înaintea partajului, un atare drept fiind însă „unul eventual”, neputându-se exercita decât la moartea unuia dintre soţi, exercitarea fiind condiţionată de supravieţuirea celuilalt soţ. Ca atare, o asemenea convenţie are un „caracter aleatoriu”, convenţia fiind afectată şi de modalităţi, realizarea ei depinzând de un eveniment viitor şi nesigur şi anume, predecesul unuia dintre soţi. În ceea ce-l priveşte pe soţul supravieţuitor clauza de preciput ar fi afectată de o „condiţie suspensivă”, în timp ce pentru soţul

decedat, condiţia este una „rezolutorie”. Convenţia (clauza de preciput) este şi translativă de proprietate, transmiţându-se, desigur, doar cota-parte de proprietate asupra bunului care a făcut obiectul clauzei, şi nu bunul în întregul său, în condiţiile în care soţul supravieţuitor, beneficiar al clauzei de preciput, este deja coproprietar (pe cote-părţi, sau devălmaş) asupra bunului. Aceiaşi autori, însă, într-o altă lucrare, au afirmat că natura juridică a clauzei de preciput ar constitui doar „un avantaj matrimonial inclus în convenţia matrimonială”.

Alţi autori s-au referit la natura juridică a clauzei de preciput doar în mod indirect, subliniindu-se că această clauză nu poate fi legată clasic nici de „legat”, cu toate că produce efecte mortis cauza, nici de „donaţie”. Legatul nu este altceva decât un bun, o fracţiune dintr-un patrimoniu sau un patrimoniu întreg (legatul universal), pe care o persoană, numită testator, le lasă la moartea sa unei alte persoane, numită legatar. Intenţia testatorului este aceea de „a-l gratifica pe legatar”. Bunurile care fac parte din bunurile comune ale soţilor (şi care constituie obiectul clauzei de preciput) nu aparţin patrimoniului unuia dintre soţi. De asemenea, beneficiarul nu este cunoscut la momentul stipulării clauzei, iar o astfel de clauză nu poate fi inserată în testament, ci numai într-o convenţie matrimonială. Apoi, prin stipularea clauzei de preciput soţii nu au intenţia de gratificare a unuia dintre ei, ci scopul urmărit este acela de a asigura celor care vor supravieţui beneficiul proprietăţii unui anumit bun sau anumitor bunuri, care le aparţin în comun. Ca atare, clauza de preciput nu poate fi considerată „legat cu titlu particular”, în condiţiile în care clauza de preciput nu poate avea ca obiect decât bunuri comune privite „ut singuli”

(cu titlu individual), ceea ce exclude „de plano” legatul universal şi cel cu titlu particular.

Clauza de preciput nu poate fi considerată ca fiind o „donaţie” întrucât donaţia presupune mărirea patrimoniului unei persoane, numită „donatar” (cel care primeşte donaţia) şi micşorarea corelativă a patrimoniului alteia, denumită „donator”, ca urmare a trecerii unui bun, cu titlu gratuit, din patrimoniul donatorului. În cazul donaţiei, donatorul are „intenţia de a-l gratifica pe donatar”. Or, în cazul stipulării unei clauze de preciput, bunurile ce constituie obiectul ei fac parte din bunurile comune ale soţilor, neputându-se pune problema unei micşorări a patrimoniului unui soţ (ci doar numai de micşorarea masei succesorale) şi nici de majorarea corelativă a patrimoniului celuilalt soţ, în condiţiile în care clauza de preciput produce efecte doar la moartea unuia dintre soţi. Apoi, prin stipularea clauzei de preciput soţii nu au intenţia de gratificare a unuia dintre ei, scopul urmărit fiind acela de a asigura celui care supravieţui beneficiul proprietăţii unui anumit bun sau anumitor bunuri, care le aparţin în comun.

În doctrină s-a exprimat şi opinia – corectă – potrivit căreia clauza de preciput ar constitui o „liberalitate specială” care izvorăşte numai dintr-o convenţie matrimonială similară donaţiei sau legatului (fără a se suprapune acestora), care se încheie „intuitu personae” (avându-se în vedere o anumită persoană).

Art. 333 alin. 2 din Codul civil face trimitere la art. 1096 din Codul civil care reglementează reducţiunea legatelor. Această trimitere nu are înţelesul că am avea de-a face cu o libertate în ceea ce priveşte clauza de preciput, ci cu o reglementare specială în raport cu prevederile care reglementează „reducţiunea liberalităţilor excesive”, reglementare specială care ar privi o

„liberalitate specială excesivă”, ce este supusă regimului liberalităţilor excesive în materie de legate.

În ceea ce priveşte *posibilitatea soţilor de a stipula o clauză de preciput sub regimul comunităţii de bunur*i, în literatura juridică s-a exprimat opinia că există o „compatibilitate a acestei clauze cu regimul comunităţii legale de bunuri, însă nu din momentul încheierii căsătoriei sub acest regim, ci în condiţiile art. 369 din Codul civil (care se referă la posibilitatea înlocuirii unui regim matrimonial cu alt regim matrimonial).

Modul de executare a clauzei de preciput este relativ simplu. În situaţia în care soţul supravieţuitor, beneficiar al acestei clauze, regăseşte bunul obiect al clauzei în „masa partajabilă netă”, el îl va prelua, fără plată, fără însă a se încălca „rezerva succesorală” (partea din bunurile moştenirii la care au dreptul moştenitorii rezervatari: soţul supravieţuitor şi descendenţii şi ascendenţii privilegiaţi ai defunctului – art. 1086 şi 1087 C. civ.). Dacă, dimpotrivă, prin preluare s-a încălca rezerva succesorală destinată moştenitorilor rezervatari, cu care soţul supravieţuitor va veni în concurs (ascendenţii şi descendenţii direcţi ai defunctului), soţul beneficiar al clauzei „va executa clauza prin echivalent”, adică în măsura „cotităţii disponibile” (partea din bunurile moştenirii care nu este rezervată prin lege şi de care defunctul putea dispune în mod neîngrădit prin liberalităţi – art. 1089 C. civ.), va fi preluat, în natură, bunul obiect al cauzei, plătindu-se moştenitorului rezervatar „contravaloarea părţii care s-a obţinut prin încălcarea rezervei sale succesorale”.

În mod ipotetic, pot fi avute în vedere două situaţii juridice:

– într-o ipoteză, în timpul căsătoriei soţii au dobândit, prin contribuţie egală, un apartament în valoare de 200.000 lei şi bunuri mobile (altele decât cele care aparţin gospodăriei casnice – care revin soţului supravieţuitor, pe lângă cota ce-i revine potrivit art. 972 C. civ. – art. 974 C. civ.), în valoare totală de 100.000 lei, în timpul vieţii soţii stipulând o clauză de preciput prin care soţului supravieţuitor îi va reveni apartamentul. La decesul soţului, la moştenire vin soţul supravieţuitor şi un frate al defunctului (colateral privilegiat) care este, deci, un moştenitor nerezervatar. În această situaţie, clauza de preciput poate fi executată, soţul supravieţuitor preluând fără plată apartamentul obiect al clauzei de preciput, urmând ca la masa succesorală, care urmează a se partaja, să fie aduse numai bunurile mobile, din care o cotă de 1/2 va reveni soţului supravieţuitor, ţinându-se seama de faptul că soţii au contribuit în mod egal la dobândirea acestor bunuri. Ca atare, fratele defunctului va culege, la rândul său, 1/2 din moştenirea rămasă (adică 1/4 din bunurile mobile dobândite în timpul căsătoriei – respectiv 25.000 lei), cealaltă jumătate din aceste bunuri, respectiv 25.000 lei, revenind soţului supravieţuitor.

Mai explicit, în ipoteza sus-menţionată, la masa partajabilă vor fi aduse doar bunurile comune dobândite de soţi în timpul căsătoriei, imobilul revenindu-i soţului supravieţuitor în temeiul clauzei de preciput. Din această masă partajabilă rămasă va fi atribuită de drept o cotă de 1/2 soţului supravieţuitor, cealaltă jumătate, respectiv 25.000 lei, fiind moştenirea ce revine fratelui defunctului.

În condiţiile în care nu ar fi existat clauza de preciput, valoarea masei succesorale de partajat ar fi fost de 150.000 lei (jumătate revenind de drept

soţiei supravieţuitoare), fiecăruia dintre moştenitori revenindu-i valoric suma de 75.000 lei;

– într-o a doua ipoteză (patrimoniul dobândit în timpul căsătoriei fiind, de asemenea, un imobil în valoare de 200.000 lei şi bunuri mobile de 100.000 lei), soţul supravieţuitor va veni în concurs cu doi copii (moştenitori rezervatari), deci el va prelua fără plată, anterior partajului, imobilul care face obiectul clauzei de preciput. În acest caz, va trebui să se verifice dacă prin executarea acestei clauze este sau nu afectată rezerva succesorală a copiilor. În fapt, ca urmare a executării clauzei de preciput, activul net al moştenirii este de 50.000 lei, adică jumătate din valoarea bunurilor mobile dobândite de soţi în timpul căsătoriei. La această sumă, se adună (fictiv), pentru calcul, suma de 100.000 lei reprezentând jumătate din valoarea apartamentului (care este obiect al clauzei de preciput, care reprezintă cota defunctului. Deci, în total se porneşte, în acest calcul, de la 150.000 lei. La această valoare se va raporta rezerva succesorală a descendenţilor (a celor doi copii ai defunctului). Conform art. 1088 C. civ., rezerva succesorală este de 3/8 părţi din moştenire (1/2 din 3/4 cota legală de moştenire), Deci, în ipoteza sus-menţionată, rezerva succesorală a celor 2 copii ar fi de 3/8 părţi din 150.000 lei, adică 56.250 lei. Cotitatea disponibilă de care putea dispune defunctul era în valoare de 93.750 lei (150.000 lei minus rezerva descendenţilor de 56.250 lei). Datorită, însă, clauzei de preciput, copiii ar fi putut lua numai bunuri în valoare de 50.000 lei, adică mai puţin dacă valoarea rezervei succesorale la care erau îndreptăţiţi. Or, în acest condiţii, este evident că prin stipularea clauzei de preciput s-a încălcat rezerva succesorală a descendenţilor şi, în consecinţă, se impune „reducţiunea clauzei de

preciput cu suma de 6.250 lei (56.250 lei rezerva, din care se scad 50.000 lei, suma ce le revenea rezervatarilor ca urmare a aplicării clauzei de preciput).

Clauza de preciput nu aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar înainte de încetarea comunităţii, bunurile care fac obiectul clauzei. Deci, regimul bunurilor comune obiect al clauzei de preciput este identic, în timpul vieţii soţilor cu cel a tuturor celorlalte bunuri comune, fiind exclusă eventuala indisponibilizare a bunurilor obiect al clauzei de preciput. Prin urmare, la fel ca celelalte bunuri comune, bunurile care fac obiectul clauzei de preciput pot fi urmărite de creditorii comuni.

În ceea ce priveşte opozabilitatea convenţiei matrimoniale, potrivit art. 334 din Codul civil „(1) … convenţiile matrimoniale se înscriu în Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale, organizat potrivit legii.

(2) După autentificarea convenţiei matrimoniale în timpul căsătoriei sau după primirea copiei de pe actul căsătoriei, potrivit art. 291, notarul public expediază, din oficiu, un exemplar al convenţiei la serviciul public comunitar local de evidenţă a persoanelor unde a avut loc celebrarea căsătoriei, pentru a se face menţiune pe actul de căsătorie, la registrul menţionat la alin. (1), precum şi la celelalte registre de publicitate, în condiţiile alin. (4).

(3) Dispoziţiile alin. (2) nu exclud dreptul oricăruia dintre soţi de a solicita îndeplinirea formalităţilor de publicitate.

(4) Ţinând seama de natura bunurilor, convenţiile matrimoniale se vor nota în cartea funciară, se vor înscrie în registrul comerţului, precum şi în alte registre de publicitate prevăzute

de lege. În toate aceste cazuri, neîndeplinirea formalităţilor de publicitate speciale nu poate fi acoperită prin înscrierea făcută în registrul menţionat la alin. (1).

(5) Orice persoană, fără a fi ţinută să justifice vreun interes, poate cerceta registrul menţionat la alin. (1) şi poate solicita, în condiţiile legii, eliberarea de extrase certificate."

A se vedea, ca legislaţie conexă, şi: Legea nr. 26/1999 privind registrul comerţului (art. 21 lit. d) şi Normele metodologice din 31 august 2011 privind organizarea şi funcţionarea Registrului naţional notarial şi al regimurilor matrimoniale şi procedura de înscriere şi consultare a acestuia, aprobate prin Ordinul ministrului justiţiei nr. 1786/C din 31 august 2011, publicat în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 666/2011.

Potrivit art. 335 din Codul civil „(1) Convenţia matrimonială nu poate fi opusă terţilor cu privire la actele încheiate de aceştia cu unul dintre soţi, decât dacă au fost îndeplinite formalităţile de publicitate prevăzute la art. 334 sau dacă terţii au cunoscut-o pe altă cale.

(2) De asemenea, convenţia matrimonială nu poate fi opusă terţilor cu privire la actele încheiate de aceştia cu oricare dintre soţi înainte de încheierea căsătoriei."

Scopul publicităţii îl constituie opozabilitatea convenţiei matrimoniale faţă de terţi, ea realizându-se prin înscrierea convenţiei matrimoniale în Registrul naţional al regimurilor matrimoniale şi prin menţiunea pe actul de căsătorie. În funcţie de natura bunurilor, opozabilitatea se realizează prin notarea în cartea funciară sau, respectiv, registrul comerţului.

Aşadar, există două categorii de „forme de publicitate": generale şi speciale.

Forma generală de publicitate se realizează prin înscrierea convenţiei matrimoniale în Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale (R.N.N.R.M.), organizarea şi funcţionarea acestui registru, precum şi procedura de înscriere şi consultare a acestuia fiind reglementate prin Normele metodologice aprobate prin Ordinul ministrului justiţiei nr. 1786/C/2011.

Potrivit art. 1 alin. 1 din Ordinul nr. 1786/C/2011, R.N.N.R.M. este organizat la nivelul Uniunii Naţionale a Notarilor Publici din România.

Potrivit art. 2 alin. 2 din Normele metodologice, convenţia matrimonială se înscrie în R.N.N.R.M. numai după încheierea căsătoriei, întrucât, în conformitate cu art. 330 alin. 2 C. civ., convenţia matrimonială încheiată anterior căsătoriei produce efecte numai din ziua încheierii căsătoriei, ea fiind opozabilă terţilor din momentul producerii efectelor.

Menţiunea făcută pe actul de căsătorie cu privire la convenţia matrimonială reprezintă tot o formă generală de publicitate, prin art. 291 C. civ. instituindu-se în sarcina ofiţerului de stare civilă obligaţia de a face o astfel de menţiune pe actul de căsătorie.

Întrucât convenţia matrimonială se poate încheia şi anterior căsătoriei, inclusiv în ziua celebrării căsătoriei, această convenţie matrimonială se anexează la declaraţia de căsătorie. Iar, după încheierea căsătoriei, ofiţerul de stare civilă comunică o copie a actului de căsătorie notarului public care a autentificat convenţia matrimonială şi Registrului naţional notarial al convenţiilor matrimoniale, această comunicare făcându-se, potrivit art. 291 C. civ., din oficiu şi de îndată, ceea ce înseamnă „imediat” (în aceeaşi zi) sau cel mai târziu în ziua următoare,

dacă aceasta este zi lucrătoare, ori în prima zi lucrătoare care urmează zilei încheierii căsătoriei.

Obligaţia comunicării „din oficiu" a actului de căsătorie de către ofiţerul de stare civilă, respectiv obligaţia comunicării din oficiu de notarul public a convenţiei matrimoniale, pe care o autentifică notarul public nu înlătură şi nu exclude dreptul oricăruia dintre soţi de a solicita comunicarea acestor acte în vederea înscrierii menţiunilor în registrele de publicitate, în scopul de a face opozabile terţilor atât căsătoria, cât şi regimul matrimonial aplicabil în raporturile patrimoniale dintre soţi (art. 334 alin. 3).

În cazul în care convenţia matrimonială se încheie între soţi pe parcursul căsătoriei, notarul public, după autentificarea convenţiei matrimoniale, expediază din oficiu, un exemplar al convenţiei la serviciul de stare civilă unde a avut loc celebrarea căsătoriei, pentru a se face menţiune pe actul de căsătorie, precum şi la Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale şi la celelalte registre de publicitate.

Formele speciale de publicitate. Potrivit art. 334 alin. 4 din Codul civil sunt prevăzute şi două forme speciale de publicitate: *notarea în cartea funciară* şi *notarea în registrul comerţului.*

Atunci când convenţia matrimonială are ca obiect „bunuri imobile", convenţia se va nota în cartea funciară (art. 902 alin. 2, pct. 4 C. civ.).

Când este vorba de bunuri ale profesioniştilor, convenţia matrimonială se va înscrie în registrul comerţului.

Neîndeplinirea acestor formalităţi speciale de publicitate nu poate fi acoperită prin înscrierea făcută în Registrul naţional notarial al convenţiilor matrimoniale (art. 334 alin. 4 C. civ.).

În Codul civil sunt conţinute şi prevederi exprese cu privire la „inopozabilitatea convenţiei matrimoniale”, pe care le-am menţionat mai sus (art. 335 C. civ.).

În literatura juridică s-a făcut sublinierea că, atunci când s-a făcut menţiune pe actul de căsătorie dar nu s-a realizat şi înscrierea în Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale, convenţia matrimonială nu este opozabilă terţilor, cu excepţia cazului în care aceştia (creditorii) au cunoscut acest lucru pe altă cale, cum ar fi, de exemplu, luarea la cunoştinţă a menţiunii de pe actul de căsătorie (art. 335 alin. 1, ultima frază, C. civ.).

Dreptul de a cerceta Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale (R.N.N.R.M.) şi de a solicita extrase certificate aparţine oricărei persoane, indiferent dacă aceasta justifică sau nu un interes (art. 334 alin 5 C. civ.). În acest sens, la art. 5 din Normele metodologice aprobate prin Ordinul ministrului justiţiei nr. 1786/C/2011, se prevede că, la cererea notarilor publici sau a oricărei persoane fizice sau juridice, chiar dacă acestea nu justifică un interes, se eliberează extrase privind datele înregistrate în cuprinsul R.N.N.R.M., extrase care vor fi certificate de către emitent (extrasul nu va cuprinde, însă, codul numeric personal şi adresa soţilor). Potrivit art. 6 din Normele metodologice, pentru interogarea R.N.N.R.M. se plăteşte, de către notarul public, o taxă care va fi restituită notarilor publici de către persoana care a solicitat interogarea. Sunt scutite de taxă cererile adresate R.N.N.R.M. de către autorităţile şi instituţiile publice.

Încheierea convenţiei matrimoniale de către minor. În conformitate cu art. 337 din Codul civil „(1) Minorul care a împlinit vârsta matrimonială poate încheia sau modifica o convenţie

matrimonială numai cu încuviinţarea ocrotitorului său legal şi cu autorizarea instanţei de tutelă.

(2) În lipsa încuviinţării sau a autorizării prevăzute la alin. (1), convenţia încheiată de minor poate fi anulată în condiţiile art. 46, care se aplică în mod corespunzător.

(3) Acţiunea în anulare nu poate fi formulată dacă a trecut un an de la încheierea căsătoriei."

În literatura juridică se face sublinierea că, în această materie operează principiul potrivit căruia cine poate încheia o căsătorie poate încheia în mod liber şi o convenţie matrimonială. Ca atare, pentru încheierea valabilă a convenţiei matrimoniale se cere ca persoana în cauză să aibă „capacitate patrimonială" care, de principiu, se dobândeşte la vârsta de 18 ani şi, în mod excepţional, pentru motive temeinice, la vârsta de 16 ani. Se mai adaugă că pentru problema dacă în cazul minorului care a împlinit vârsta de 16 ani încheierea convenţiei matrimoniale este sau nu condiţionată de încuviinţarea părinţilor sau tutorelui, după caz, respectiv autorizaţia instanţei de tutelă, se face trimitere la art. 330 din Codul civil. Or, art. 330 din Codul civil se referă doar la formalităţile cerute pentru încheierea căsătoriei în general, nereferindu-se sub nicio formă la situaţia juridică a minorului care a împlinit „vârsta matrimonială" la care se referă art. 337 din Codul civil.

În realitate, prevederile art. 337 alin. 1 C. civ. sunt defectuos redactate, fiind vorba de un „minor care a împlinit vârsta de 16 ani" care poate încheia o căsătorie şi, implicit, o convenţie matrimonială, în anumite condiţii expres prevăzute de textul sus-menţionat, adică cu încuviinţarea ocrotitorului legal şi autorizaţia instanţei de tutelă.

Nulitatea convenţiei matrimoniale. Potrivit art. 338 din Codul civil „În cazul în care convenţia matrimonială este nulă sau anulată, între soţi se

aplică regimul comunităţii legale, fără a fi afectate drepturile dobândite de terţii de bună-credinţă”.

Convenţia matrimonială poate fi lovită de „nulitate absolută” sau „nulitate relativă”.

Sancţiunea nulităţii absolute a convenţiei matrimoniale intervine în cazul nerespectării unor condiţii de fond (cum ar fi: lipsa consimţământului; lipsa sau ilicitatea obiectului ori derogarea de la prevederile legale privind regimul matrimonial ales; cauza ilicită sau imorală; lipsa vârstei matrimoniale cerute pentru încheierea unei convenţii matrimoniale) sau a unor condiţii de formă cerute „ad validitatem” – pentru validitatea actului (cum ar fi, de exemplu, lipsa formei autentice a convenţiei matrimoniale).

Sancţiunea nulităţii relative intervine: în cazul în care consimţământul este viciat; în lipsa încuviinţărilor şi autorizării prevăzute în lege în cazul încheierii convenţiei matrimoniale de către minorul necăsătorit; lipsa cauzei.

În privinţa nulităţilor (absolute sau relative) care afectează convenţia matrimonială sunt aplicabile „dispoziţiile de drept comun în materia nulităţii contractelor” (adică dispoziţiile art. 1246–1249 din Codul civil). Astfel, potrivit art. 1246 C. civ. „contractul încheiat cu încălcarea condiţiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulităţii…”, care poate fi „absolută sau relativă”. Dacă prin lege nu se prevede altfel, nulitatea contractului poate fi constată sau declarată prin acordul părţilor”, însă „prin acordul părţilor nu pot fi instituite şi nici suprimate cauze de nulitate, astfel de clauze fiind considerate nescrise”. Potrivit art. 1247 C. civ. „nulitatea absolută poate fi invocată de orice persoană interesată, pe cale de acţiune sau de excepţie, iar instanţa de judecată este obligată să invoce din oficiu nulitatea absolută”. În conformitate cu art.

1248 C. civ. „nulitatea relativă poate fi invocată numai de cel al cărui interes este ocrotit prin dispoziţie legală a fost încălcat, ea neputând fi invocată din oficiu de instanţa de judecată". În ceea ce priveşte „prescripţia extinctivă", potrivit art. 1249 C. civ. „nulitatea absolută poate di invocată oricând, fie pe cale de acţiune, fie pe cale de excepţie, în timp ce nulitatea relativă nu poate fi invocată decât pe cale de acţiune şi numai în termenul de prescripţie stabilit de lege, care este cel general de 3 ani prevăzut de art. 2517 C. civ. şi care începe să curgă, în condiţiile art. 2529 C. civ., de la: încetarea violenţei (care coincide, în cazul violenţei psihice, cu data încetării ameninţării sau cu momentul la care se stinge posibilitatea ca răul să se producă); descoperirea dolului (în cazul în care anularea convenţiei matrimoniale este solicitată în temeiul vicierii consimţământului prin dol sau violenţă); data la care persoana îndreptăţită să invoce nulitate relativă, reprezentantul său legal a cunoscut cauza anulării, însă nu mai târziu de 18 luni din ziua încheierii actului juridic (când anularea convenţiei matrimoniale este solicitată pe temeiul vicierii consimţământului prin eroare ori pentru alte motive care atrag sancţiunea nulităţii relative a convenţiei). În consecinţă, nulitatea relativă a convenţiei matrimoniale, întemeiată pe vicierea consimţământului prin eroare ori pe orice alte motive, cu excepţia vicierii consimţământului prin dol sau violenţă, poate fi invocată în termenul general de 3 ani, calculată de la cunoaşterea cauzei anulării. Dacă, însă, cauza anulării nu este cunoscută, în termenul de 18 luni calculat din momentul încheierii convenţiei matrimoniale, termenul general de prescripţie de 3 ani curge de la expirarea celor 18 luni. În literatura juridică, de altfel, se face sublinierea că termenul de 18 luni, stabilit prin art. 2529 alin. 1 lit. c din Codul civil, nu este un termen de prescripţie extinctivă sau un termen limită până la care trebuie declanşată

acţiunea, ci are doar funcţia „de a marca momentul de la care începe să curgă prescripţia în ipoteza în care clauza de nulitate relativă nu a fost cunoscută înăuntrul acestor 18 luni”. Deci, se poate spune că legea a instituit „o prezumţie absolută conform căreia cauza de nulitate relativă (alta decât dolul sau violenţa) a fost cunoscută ori trebuie să fie cunoscută de cel interesat să o invoce”, adică cel mai târziu la expirarea unui termen de 18 luni de la data încheierii actului juridic (convenţia matrimonială).

În privinţa curgerii termenului de prescripţie extinctivă sunt aplicabile dispoziţiile art. 2529 C. civ. referitoare la prescripţia dreptului la acţiune în anularea unui act juridic, dispoziţii aplicabile ori de câte ori prin lege nu se prevede un alt moment de la care prescripţia începe să curgă. Aşadar, potrivit acestui text, prescripţia începe să curgă: în caz de violenţă, din ziua în care aceasta a încetat (lit. a); în cazul dolului, din ziua în care a fost descoperit (lit. b); în caz de eroare ori în celelalte cazuri de anulare, din ziua în care cel îndreptăţit, reprezentantul său legal ori cel chemat de lege să îi autorizeze actele a cunoscut cauza anulării, însă nu mai târziu de 18 luni din ziua încheierii actului juridic (lit. c).

În cazurile în care nulitatea relativă poate fi invocată de o terţă persoană, prescripţia începe să curgă, dacă prin lege nu se dispune altfel, de la data când terţul a cunoscut existenţa cauzei de nulitate (alin. 2).

În cazul în care intervine nulitatea absolută sau relativă a convenţiei matrimoniale, se consideră că acea convenţie nu s-a încheiat, actul fiind desfiinţat retroactiv, în această situaţie între soţi se aplică „regimul comunităţii legale”, ca şi cum nu s-ar fi încheiat vreo convenţie matrimonială. Prin desfiinţarea retroactivă a convenţiei matrimoniale nule absolute sau anulate nu se poate aduce

atingere drepturilor dobândite de terţii de bună-credinţă, adică de cei care nu au cunoscut şi nu au putut cunoaşte cauza de nulitate sau de anulabilitate (art. 338 C. civ.).

Modificarea convenţiei matrimoniale. Potrivit art. 336 din Codul civil „Convenţia matrimonială poate fi modificată înainte de încheierea căsătoriei, cu respectarea condiţiilor prevăzute la art. 330 (referitor la condiţiile încheierii convenţiei matrimoniale) şi art. 332 (referitor la obiectul convenţiei matrimoniale), fiind aplicabile şi prevederile art. 334 (referitoare la publicitatea convenţiei matrimoniale) şi art. 335 (referitoare la inopozabilitatea convenţiei matrimoniale".

În literatura juridică se face sublinierea că prin textul art. 336 C. civ. este consacrat „principiul mutabilităţii regimurilor matrimoniale", ceea ce înseamnă că „acestea se pot schimba pe durata căsătoriei soţilor" trecându-se de la un „regim matrimonial legal recunoscut la un alt regim matrimonial recunoscut".

Schimbarea condiţiilor de viaţă ale familiei, schimbarea profesiei soţilor, a dorinţelor acestora în legătură cu relaţiile patrimoniale, pot conduce la modificarea regimului matrimonial. Schimbarea regimului matrimonial ales de aceştia la încheierea căsătoriei are loc ori de câte ori ei apreciază că interesele lor patrimoniale o cer.

Modificarea regimului matrimonial poate avea loc pe cale convenţională sau judiciară.

Modificarea convenţională a regimului matrimonial, poate interveni prin voinţa soţilor, fie prin modificarea convenţiei, fie prin încheierea unei noi convenţii matrimoniale, atât convenţia modificată, cât şi noua convenţie înscriindu-se în Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale, pentru a fi opozabilă terţilor.

Modificarea judiciară a regimului matrimonial se realizează de către instanţa de judecată, la cererea unuia dintre soţi.

Atât în cazul modificării convenţionale a regimului matrimonial, cât şi în cazul modificării judiciare a acestuia, creditorii prejudiciaţi prin schimbarea sau lichidarea regimului matrimonial pot formula „acţiune revocatorie" în termen de un an de la data la care au fost îndeplinite formalităţile de publicitate sau, după caz, de când au luat cunoştinţă de aceste împrejurări pe altă cale. În cazul admiterii acţiunii recursorii, faţă de creditori va produce efecte vechiul regim matrimonial cunoscut de creditori şi avut în vederea de aceştia la data contractării cu debitorul.

Simulaţia convenţiei matrimoniale. Potrivit art. 331 din Codul civil „Actul secret prin care se alge un alt regim matrimonial sau se modifică regimul matrimonial pentru care sunt îndeplinite formalităţile de publicitate prevăzute de lege, produce efecte numai între soţi şi nu poate fi opus terţilor de bună-credinţă".

Figura juridică a „simulaţiei", laconic descrisă la art. 1175 din vechiul Cod civil român, care presupune „ascunderea raporturilor juridic reale dintre părţi", sinonimă cu minciuna (o minciună juridică), a căpătat o largă consacrare în noul Cod civil român, restrângându-i domeniul de aplicare la sfera actelor juridice ce au un conţinut evaluabil în bani (art. 1289–1294 C. civ.).

Prin art. 331 din Codul civil a fost reglementată posibilitatea viitorilor soţi sau, după caz, a soţilor „de a alege prin act secret un alt regim matrimonial sau de a modifica prin act secret regimul matrimonial pentru care sunt îndeplinite condiţiile de publicitate prevăzute de lege". Acest act secret trebuie să contrazică, să înlăture sau să modifice, în tot sau în parte, actul

public. Deci. aşa cum se subliniază în literatura juridică, nu este suficient ca prin actul secret să se explice, să interpreteze ori să completeze actul public.

Pentru a fi în prezenţa simulaţiei, în această materie (a convenţiilor matrimoniale) mai trebuie ca actul secret să fi fost încheiat anterior sau concomitent cu actul public (de exemplu, viitorii soţi încheie o convenţie matrimonială care îndeplineşte condiţiile de fond şi formă prevăzute de lege însă, anterior încheierii acestei convenţii sau odată cu încheierea acesteia, viitorii soţi încheie şi un act secret prin care se stabileşte că între ei se va aplica regimul comunităţii legale. În această situaţie juridică între soţi se va aplica actul secret, iar în raport cu terţii se aplică actul public aparent, dacă, bineînţeles, terţul este de bună-credinţă, adică nu a cunoscut caracterul simulat al actului public).

În general, simulaţia poate îmbrăca trei forme: *fictivitatea, deghizarea* şi *interpunerea de persoane.* În ceea ce priveşte, însă, convenţiile matrimoniale, simulaţia poate îmbrăca doar două forme: fictivitatea şi deghizarea (fiind exclusă forma interpunerii de persoane, întrucât convenţia matrimonială are un caracter „intuitu persoane” – adică avându-se în vedere persoana, ceea ce înseamnă că părţi ale actului juridic – actul secret – pot fi numai soţii, nu şi alte persoane).

O problemă delicată şi importantă care a făcut obiect de discuţii în literatura juridică se referă la întrebarea dacă „actul secret” trebuie să aibă aceeaşi formă cu actul public. Unii autori au susţinut că actul secret poate fi o convenţie matrimonială care trebuie să respecte şi cerinţa formei autentice, prevăzută de art. 330 C. civ. Îndeplinirea acestei cerinţe (autentificarea convenţiei de către notarul public) nu răpeşte

actului real caracterul său secret. Forma solemnă nu anihilează, ci numai diminuează caracterul său ocult. S-a remarcat, totuşi, că, pornindu-se de la dispoziţiile art. 1289 alin. 2 C. civ., conform cărora contractul secret nu produce efecte nici între părţi dacă nu îndeplineşte condiţiile de fond cerute de lege pentru încheierea sa valabilă, printr-o interpretare „a contrario" va rezulta că actul secret va produce efecte între părţi atunci când acesta (actul secret) nu îndeplineşte condiţiile de formă ale actului public, însă îndeplineşte condiţiile de fond ale acestuia.

Într-o analiză mai complexă, consacrată şi jurisprudenţial, s-a ajuns la concluzia că actul secret este valabil chiar dacă nu este încheiat în formă autentică. Problema supusă dezbaterii este strâns legată de păstrarea caracterului secret al actului dacă acesta este supus formalităţilor de publicitate imobiliară întrucât „secretul" şi „publicitatea" par a fi incompatibile. În literatura română s-a susţinut că actul real „este lipsit de caracter secret în toate cazurile când a fost supus unei publicităţi care, prin natura sa, este destinată a aduce actele la cunoştinţa terţilor, cum sunt transcrierea actului, intabularea, primirea de dată certă.

Literatura juridică franceză a cunoscut şi ea o atare poziţie, unii autori pronunţându-se, totuşi, în sensul că „măsurile de publicitate nu au fost instituite pentru a se putea curăţa actul secret de viciul clandestinităţii, transcrierea nevindecând actul secret de viciul simulaţiei, întrucât nu se poate afirma că, urmare publicităţii, terţii ar trebui să cunoască situaţia ascunsă. Caracterul secret dispare nu când actul ascuns putea fi cunoscut de terţi, ci atunci când ei l-au cunoscut efectiv.

Deci, în esenţă, în astfel de situaţii juridice trebuie să se răspundă la întrebarea dacă, odată înregistrat în registrul de publicitate imobiliară,

actul respectiv îşi mai păstrează ori nu caracterul său secret şi, pe cale de consecinţă, dacă simulaţia supravieţuieşte acestei formalităţi ori existenţa ei încetează, avându-se în vedere caracterul public al registrelor de publicitate imobiliară?

Se consideră că actul secret este valabil, chiar dacă nu este încheiat în formă autentică, deşi legea cere o astfel de formă „ad validitatem" (pentru validitatea actului juridic), dacă actul public este încheiat în forma cerută pentru actul secret şi aceasta pentru următoarele considerente:

a) un argument general, întemeiat pe atitudinea tolerantă a legiuitorului faţă de simulaţie: de vreme ce simulaţia este reglementată permisiv şi legea prevede că actul secret produce efecte între părţi, adică acela care rămâne ascuns publicului, putem considera că legiuitorul nu a dorit să impună acestui act juridic nicio condiţie de formă de natură să-i afecteze caracterul ocult. De altfel, atunci când reglementarea simulaţiei impune actului secret forma cerută de lege după natura sa, această prevedere este expresă; şi este firesc să fie aşa, deoarece impunerea unei anumite forme pentru actul secret riscă să înlătura – în realitate, sau cel puţin în ochii părţilor – secretul operaţiunii şi natura ei juridică de simulaţie;

b) un al doilea argument rezultă din caracterul unitar al simulaţiei: dacă simulaţia este concepută ca fiind produsul a două declaraţii de voinţă distincte, atunci actul ocult trebuie să îndeplinească, el însuşi, condiţiile de formă prevăzute de lege pentru încheierea sa valabilă, dacă însă acesta este o operaţie unitară, atunci actul secret va fi valabil dacă forma cerută de lege pentru validitatea sa va fi întrunită de actul public. Numai datorită unităţii operaţiunii în ansamblul său se poate ajunge la concluzia că actul public – dacă este regulat încheiat – poate acoperi deficienţele de formă ale actului secret, care este

purificat din punct de vedere juridic de minciuna comisă (în acest sens, L. Jousserand, Essais de téléologie juridique, vol. II, Dalloz, Paris, 1928, p. 244);

c) un al treilea argument poate fi dedus din doctrină care, uneori, a acceptat ideea sus-menţionată exprimată, după caz, mai sintetic (în sensul că simulaţia este valabilă şi în cazul actelor solemne – V. Stoica, M. Ronea, nota II la decizia nr. 9/1986 a Tribunalului Suprem) ori mai amplu (considerându-se că dacă actul juridic voit realmente de părţi este un act solemn, actul secret nu va fi valabil în cazul în care actul aparent nu a fost săvârşit cu respectarea condiţiilor de fond cerute imperativ de lege pentru actul real – D. Cosma, Teoria generală a actului juridic civil, Bucureşti, 1969, p. 404);

d) în sfârşit, jurisprudenţa a consacrat principiul că este valabil actul secret neîncheiat în formă autentică, deşi legea cerea o astfel de formă „ad validitatem", chiar dacă motivarea în drept a hotărârilor judecătoreşti respective nu a fost în sensul că forma actului public ar acoperi deficienţele de formă ale actului secret (Trib. Suprem, decizia nr. 9/1986; Trib. Jud. Bistriţa-Năsăud, decizia civilă nr. 280/1971, în „Revista română de drept" nr. 10/1972, p. 174; Trib. municipiului Bucureşti, secţia 3 civilă, decizia nr. 1900/1991; Curtea de Apel Suceava, decizia civilă nr. 263/1996).

În ceea ce ne priveşte, pe lângă faptul că acest punct de vedere nu răspunde la întrebarea dacă simulaţia mai supravieţuieşte dat fiind caracterul public al registrelor, suntem de părere că „figura juridică a simulaţiei" nu ar fi trebuit să fie inclusă în Codul civil, fiind contrară moralităţii, echităţii şi transparenţei raporturilor juridice, fiind imposibil ca într-o formă sau alta, explicită sau implicită, să nu fie vătămate interesele terţilor.

B. *Regimurile matrimoniale. Caracteristici*

Regimurile matrimoniale reglementate de Codul civil sunt în număr de trei: a) Regimul comunităţii legale; b) Regimul separaţiei de bunuri şi c) Regimul comunităţii convenţionale.

a) *Regimul comunităţii legale.*

Potrivit art. 339 C. civ., *bunurile comune* ale soţilor „sunt cele dobândite în timpul regimului comunităţii legale de oricare dintre soţi, acestea fiind, de la data dobândirii lor, bunuri comune în devălmăşie a soţilor”.

La art. 340 C. civ. se prevede că „Nu sunt bunuri comune, ci *bunuri proprii* ale fiecărui soţ: bunurile dobândite prin moştenire legală, legat sau donaţie, cu excepţia cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune; bunurile de uz personal; bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerţ care face parte din comunitatea de bunuri; drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creaţiilor sale şi ale semnelor distinctive pe care le-a înregistrat; bunurile dobândite cu titlul de premiu sau recompensă, manuscrisele ştiinţifice sau literare, schiţele şi proiectele artistice; proiectele de invenţii şi alte asemenea lucruri; indemnizaţia de asigurare şi despăgubirile pentru orice prejudiciu material sau moral adus unuia dintre soţi; bunurile, sumele de bani sau orice valori care înlocuiesc un bun propriu, precum şi bunul dobândit în schimbul acestora; fructele bunurilor proprii.

În ceea ce priveşte veniturile din muncă şi cele asimilate acestora, potrivit art. 341 din Codul civil „Veniturile din muncă, sumele de bani cuvenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale şi altele asemenea, precum şi veniturile cuvenite în temeiul unui drept de proprietate intelectuală sunt *bunuri comune,* indiferent de data dobândirii lor, însă numai în cazul în care creanţa privind încasarea lor devine scadentă în timpul comunităţii”.

Mai trebuie avute în vedere şi alte două texte din Codul civil care au contingenţă cu cele două

categorii de bunuri ale soţilor: art. 326 privind munca în gospodărie şi art. 348 privind bunurile comune care fac obiectul unui aport la societăţi, asociaţii sau fundaţii.

Potrivit art. 326 C. civ. „Munca oricăruia dintre soţi în gospodărie şi pentru creşterea copiilor reprezintă o contribuţie la cheltuielile căsătoriei". Iar, prin art. 325 C. civ. „… (1) Soţii sunt obligaţi să îşi acorde sprijin moral reciproc.

(2) Ei sunt obligaţi să contribuie, în raport cu mijloacele financiare, la cheltuielile căsătoriei, dacă prin convenţie matrimonială nu s-a prevăzut altfel.

(3) Orice convenţie care prevede că suportarea cheltuielilor căsătoriei revine doar unuia dintre soţi este considerată nescrisă".

Potrivit art. 348 C. civ. „Bunurile comune pot face obiectul unui aport la societăţi, asociaţii sau fundaţii în condiţiile legii".

Regula generală în „cadrul regimului comunităţii legale este aceea că „bunurile dobândite de oricare dintre soţi în timpul regimului comunităţii legale sunt bunuri comune de la data dobândirii acestora". Ele sunt bunuri „proprietate devălmaşă a soţilor", devălmăşia însemnând că dreptul de proprietate aparţine concomitent acestora, fără ca vreunul dintre ei să fie titular al unei cote-părţi determinate din dreptul respectiv (adică soţii nu pot avea – în cadrul comunităţii legale – bunuri proprietate comună pe cote-părţi).

3) Fiecare dintre soţi poate folosi bunurile comune fără consimţământul expres al celuilalt soţ. Cu alte cuvinte, nu mai poate fi vorba, ca în trecut, de o „prezumţie relativă de mandat tacit reciproc", întrucât se recunoaşte dreptul fiecărui soţ de a se folosi (întrebuinţa) de bunurile comune, făcând acte de conservare, de administrare şi de folosinţă a bunurilor comune (art. 345 C. civ.),

trecându-se astfel de la un „mecanism al gestiunii colective” (sau al cogestiunii), care presupunea încheierea unui act numai prin acordul ambilor soţi, la „mecanismul gestiunii paralele”, care presupune posibilitatea încheierii unui act fie de un soţ, fie de celălalt, fiind suficient pentru valabilitatea actului doar consimţământul soţului care încheie actul.

Această trecere de la „mecanismul gestiunii colective – cogestiunii” la „mecanismul gestiunii paralele” nu este însă totală, întrucât Codul civil român menţine şi mecanismul gestiunii colective (care este întemeiat pe consimţământul ambilor soţi), în cazul actelor pentru care, prin lege se prevede că nu se pot încheia decât cu consimţământul ambilor soţi (de exemplu, actele de înstrăinare sau de grevare cu drepturi reale având ca obiect bunuri comune acte care nu pot fi încheiate decât cu acordul ambilor soţi, exceptând cele cu titlu oneros având ca obiect bunurile mobile comune nesupuse publicităţii sau darurile de nuntă).

Deci, regimul juridic al „bunurilor comune” este unul mixt, prin care este consacrat atât „mecanismul gestiunii colective”, cât şi „mecanismul gestiunii paralele”, regim stabilit prin art. 345 şi art. 346 şi 348 din Codul civil.

Potrivit art. 345 C. civ. „… (1) Fiecare soţ are *dreptul de a folosi bunul comun* fără consimţământul celuilalt soţ (dreptul de folosinţă a bunurilor comune). Cu toate acestea, schimbarea destinaţiei bunului comun nu se poate face decât prin acordul soţilor (limitarea dreptului de folosinţă).

(2) De asemenea, fiecare soţ poate încheia singur *acte de conservare, acte de administrare* cu privire la oricare dintre bunurile comune şi *acte de dobândire* a bunurilor comune.

(3) Dispoziţiile art. 322 rămân aplicabile (art. 322 C. civ. se referă la excepţii de la regimul juridic al unor categorii de bunuri comune. Textul acestui articol este următorul: «… (1) Fără consimţământul scris al celuilalt soţ, niciunul dintre soţi, chiar dacă este proprietar exclusiv, nu poate dispune asupra locuinţei familiei şi nici nu poate încheia acte prin care ar fi afectată folosinţa acesteia.

(2) De asemenea, un soţ nu poate deplasa din locuinţă bunurile ce mobilează sau decorează locuinţa familiei şi nu poate dispune de acestea fără consimţământul scris al celuilalt soţ (întrucât acest alineat începe cu expresia „de asemenea", credem că şi în cazul acestei categorii de bunuri, este indiferentă calitatea de proprietar exclusiv)»…"

Art. 346 C. civ. prevede următoarele: „… (1) *Actele de înstrăinare sau de grevare cu drepturi reale* având ca obiect bunurile comune nu pot fi încheiate decât cu acordul ambilor soţi (interdicţia de înstrăinare sau grevare cu drepturi reale a bunurilor comune).

(2) Cu toate acestea, oricare dintre soţi poate dispune singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune a căror înstrăinare nu este supusă, potrivit legii, anumitor formalităţi de publicitate (excepţia de la interdicţia instituită la alin. 1). Dispoziţiile art. 345 alin. (4) rămân aplicabile (întrucât această a doua parte a art. 346 alin. 2 priveşte actele de înstrăinare sau grevare cu drepturi reale, iar art. 345 se referă la actele de conservare, folosinţă şi administrare, acest amestec nediferenţiat de genuri poate constitui o sursă de dispute contradictorii).

(3) Sunt, de asemenea, exceptate de la prevederile alin. (1) *darurile obişnuite*."

Art. 348 C. civ. prevede că *„Bunurile comune pot face obiectul unui aport la societăţi sau*

fundaţii în condiţiile legii”.

Aportul este un contract încheiat, pe de o parte, de soţi, în calitate de asociaţi şi, pe de altă parte, de o societate, adică un act de dispoziţie al acestora cu privire la bunurile ce constituie obiect al aportului.

În legătură cu „regimul juridic al aporturilor”, la art. 349 C. civ. sunt prevăzute următoarele: „… (1) Sub sancţiunea prevăzută la art. 347, niciunul dintre soţi nu poate singur, fără consimţământul scris al celuilalt soţ, să dispună de bunurile comune ca aport la o societate sau pentru dobândirea de părţi sociale ori, după caz, de acţiuni. În cazul societăţilor comerciale ale căror acţiuni sunt tranzacţionate pe o piaţă reglementată, soţul care nu şi-a dat consimţământul scris la întrebuinţarea bunurilor comune nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soţ, fără a fi afectate drepturile dobândite de terţi.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), calitatea de asociat este recunoscută soţului care a aportat bunul comun, dar părţile sociale sau acţiunile sunt bunuri comune. Soţul asociat exercită singur drepturile ce decurg din această calitate şi poate realiza singur transferul părţilor sociale ori, după caz, al acţiunilor deţinute.

(3) Calitatea de asociat poate fi recunoscută şi celuilalt soţ, dacă acesta şi-a exprimat voinţa în acest sens. În acest caz, fiecare dintre soţi are calitatea de asociat pentru părţile sociale sau acţiunile atribuite în schimbul a jumătate din valoarea bunului, dacă, prin convenţie, soţii nu au stipulat alte cote-părţi. Părţile sociale sau acţiunile ce revin fiecăruia dintre soţi sunt bunuri proprii.”

Textul sus-menţionat consacră excepţia de la „mecanismul gestiunii paralele”, prevăzându-se „mecanismul gestiunii colective” în privinţa bunurilor comune reprezentând aport la o societate

sau pentru dobândirea de părţi sociale sau acţiuni (art. 374 alin. 1 C. civ.).

Sancţiunea încălcării interdicţiei prevăzute de art. 374 alin. 1 C. civ. este „nulitatea relativă a contractului de aport, iar dreptul la acţiune în anularea actului este supus prescripţiei, în termen de 3 ani, care curge de la data la care soţul care nu şi-a dat consimţământul (acesta fiind terţ faţă de contractul de aport) a cunoscut încheierea actului (art. 2529 alin. 2 C. civ.).

Trebuie făcută o distincţie între bunurile comune aportate pentru dobândirea de acţiuni la o societate ale cărei acţiuni sunt tranzacţionate pe o piaţă reglementată şi bunurile comune aportate la o societate ale cărei acţiuni nu sunt tranzacţionate pe o piaţă reglementată. În primul caz, soţul vătămat nu poate promova o acţiune în anulare în scopul readucerii bunurilor la masa bunurilor comune, el fiind îndreptăţit doar la o acţiune în obligarea celuilalt soţ la plata de daune-interese, drepturile dobândite de terţi neputând fi afectate (art. 349 alin. 1 C. civ.). În celelalte situaţii, soţul vătămat poate pretinde anularea actului juridic şi stabilirea situaţiei anterioare, în scopul readucerii bunului din nou la masa bunurilor comune (definirea pieţei reglementate se găseşte în Legea nr. 297/2004 – art. 125). Această diferenţiere de tratament se justifică pentru protejarea terţilor care fac tranzacţii cu acţiuni cotate la bursa de valori sau pe pieţele organizate care conferă încrederea că acţiunile tranzacţionate sunt proprietatea celui ce le înstrăinează (art. 349 alin. 2 C. civ., instituind o prezumţie legală a calităţii de asociat putând realiza singur transferul drepturilor care decurg din această calitate).

Aşa cum se subliniază în literatura juridică, dacă s-ar admite contrariul s-ar putea pune în pericol aceste tranzacţii, dar fiind faptul că specificul pieţei de capital organizate pentru

tranzacţionarea acestor acţiuni este celeritatea şi securitatea transferurilor.

Este subliniată şi o situaţie juridică specială rezultând din faptul că soţul asociat poate singur să cesioneze părţile de interes, părţile sociale sau acţiunile dobândite ca urmare a aportului bunului comun la societate (aşa cum se prevede la art. 349 alin. 2 C. civ.). Se atrage atenţia că o atare înstrăinare nu se supune regulii generale consacrate de art. 346 alin. 1 C. civ. (prin care se prevede că actele de înstrăinare sau de grevare cu drepturi reale având ca obiect bunuri comune nu pot fi încheiate decât cu acordul ambilor soţi).

Această excepţie de la regula generală este justificată prin aceea că calitatea de asociat sau de acţionar este deţinută, în aceste situaţii, doar de unul dintre soţi operând doar sancţiunea nulităţii relative (art. 347 C. civ.). Astfel, deşi părţile de interes, părţile sociale ori acţiunile dobândite de un soţ fără consimţământul celuilalt soţ sunt bunuri comune (art. 349 alin. 2 prima frază), înstrăinarea acestora se face doar de soţul desemnat în calitate de asociat sau acţionar (această calitate fiindu-i conferită de art. 349 alin. 2 fraza a doua C. civ.). Iar, dacă prin această tranzacţie se nasc anumite obligaţii ce atentează la patrimoniul comun al soţilor, se vor aplica prevederile art. 345 alin. 4 C. civ., respectiv soţul care nu a participat la încheierea tranzacţiei are dreptul la despăgubiri de la celălalt soţ, fără să fie afectate drepturile dobândite de terţii cesionari.

Sintetizând cele sus-menţionate sunt de reţinut următoarele: calitatea de asociat este recunoscută exclusiv soţului care a adus bunul comun ca aport, această calitate dând dreptul soţului asociat să exercite singur toate drepturile ce rezultă de aici, să transfere părţile sociale sau acţiunile deţinute, dându-se astfel expresie mecanismului gestiunii paralele. În schimb, însă, părţile sociale sau

acţiunile dobândite ca urmare a aporturilor la capitalul social al societăţii sunt bunuri comune (art. 349 alin. 2 C. civ.).

Poate avea calitatea de asociat şi celălalt soţ, în cazul în care şi-a exprimat voinţa în acest sens, într-oi astfel de situaţie, fiecare dintre soţi având calitatea de asociat pentru părţile sociale sau acţiunile atribuite în schimbul a jumătate din valoarea bunului aportat. Dacă însă, prin convenţie, soţii au prevăzut alte cote-părţi, fiecare dintre soţi va avea calitatea de asociat pentru părţile sociale sau acţiunile atribuite în schimbul cotei-părţi din valoarea bunului aportat, cotă-parte stipulată prin convenţia soţilor. Aceste părţi sociale sau acţiuni ce revin fiecăruia dintre soţi ca urmare a aportului au calitatea de „bunuri proprii" (art. 349 alin. 3 C. civ.).

În literatura juridică s-a mai afirmat că, pentru identitate de raţiune, dividendele ar trebui să aibă acelaşi regim juridic ca şi părţile de interes, părţile sociale sau acţiunile, în condiţiile în care societatea comercială se constituie în scopul de a obţine beneficii şi a le împărţi între acţionari sub formă de dividende.

Dispunerea de bunuri comune prin dispoziţii testamentare. Potrivit art. 350 din Codul civil „Fiecare soţ poate dispune prin legat de partea ce i s-ar cuveni, la încetarea căsătoriei, din comunitatea de bunuri". Aceste dispoziţii reprezintă o aplicaţie a „mecanismului gestiunii exclusive" (paralele), conform căruia anumite acte juridice pot fi încheiate numai de unul dintre soţi, nu şi de celălalt. În mod concret, un soţ poate dispune liber prin testament de partea sa din bunurile comune, testamentul producând efecte numai la moartea soţului testator, moment la care comunitatea de bunuri încetează.

Datoriile comune ale soţilor. În conformitate cu art. 351 C. civ. „Soţii răspund cu bunurile comune pentru: a) obligaţiile născute în legătură cu conservarea, administrarea sau dobândirea bunurilor comune; b) obligaţiile pe care le-au contractat împreună; c) obligaţiile asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei; d) repararea prejudiciului cauzat prin însuşirea, de către unul dintre soţi, a bunurilor aparţinând unui terţ, în măsura în care, prin aceasta, au sporit bunurile comune ale soţilor”.

O primă subliniere care se impune a fi făcută este aceea că soţii au două categorii de obligaţii: personale şi comune, legea prezumând că datoriile soţilor sunt, în principiu, personale, dacă nu se dovedeşte că sunt comune.

Pentru facilitarea determinării datoriilor comune sunt invocate câteva categorii de criterii distinctive. Astfel, sunt considerate ca fiind datorii comune obligaţiile născute în legătură cu conservarea, administrarea sau dobândirea bunurilor comune. Pentru a fi în prezenţa unei asemenea obligaţii este necesară îndeplinirea anumitor condiţii: obligaţia să fie rezultatul încheierii unui act juridic prin care se angajează cheltuieli de conservare sau de administrare ori prin care se dobândeşte un bun comun; cheltuielile de conservare, de administrare sau de dobândire să privească unul sau mai multe bunuri comune, nu proprii; obligaţia să fie asumată de un singur soţ, întrucât dacă este asumată de ambii soţi, suntem în prezenţa obligaţiei contractate de soţi împreună (în această categorie intră cheltuielile efectuate cu întreţinerea bunului, cu repararea lui, plata diferitelor taxe, impozite).

Apoi sunt considerate datorii comune obligaţiile pe care soţii le-au contractat împreună,

acestea presupunând următoarele cerinţe: obligaţia să fie asumată de către soţi împreună (fie personal, fie prin reprezentare), prin libera lor voinţă; obligaţia poate lua naştere prin încheierea de acte juridice de către soţi personal sau prin reprezentare; nu are relevanţă scopul pentru care soţii şi-au asumat obligaţia, aceasta putând fi legată de nevoile căsniciei sau putând fi fără nicio legătură cu necesităţile gospodăriei lor (intră în această categorie, de exemplu, împrumuturile contractate împreună de soţi).

Sunt considerate datorii comune obligaţiile asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei (pentru a fi în prezenţa unei astfel de datorii este necesar ca: obligaţia să fie asumată prin încheierea unui act juridic; obligaţia să fie asumată numai de unul dintre soţi; scopul urmărit pentru contractarea obligaţiei să fie acela al acoperirii, al satisfacerii nevoilor obişnuite ale căsătoriei, adică al nevoilor familiale normale care se apreciază de la caz la caz, ţinându-se seama de nivelul de viaţă al soţilor, de starea lor materială, prin raportare la nivelul de trai al societăţii.

Orice alte datorii sau cheltuieli ale fiecăruia dintre soţi, în afara celor enumerate expres şi limitativ ca fiind datorii comune, vor fi considerate ca fiind datorii personale ale soţului care le-a contractat.

Analiza detaliată făcută în literatura juridică cu privire la „datoriile comune ale soţilor”, la care ne-am referit mai înainte, are un caracter redundant, după părerea noastră, fiind mult mai simplu să ne referim explicit doar la art. 351 C. civ., care priveşte bunurile comune cu care soţii răspund pentru câteva categorii de obligaţii, tot ceea ce ar excede acestor categorii fiind datorii personale ale soţului care le-a contractat.

De asemenea, soluţia legislativă consacrată prin art. 351 din Codul civil este considerată de unii autori ca fiind contrară principiului egalităţii soţilor în căsătorie şi celui al solidarităţii familiale, susţinându-se că, pentru a fi deplină, egalitatea soţilor impune ca prezumţiei de comunitate a bunurilor dobândite în timpul căsătoriei să-i corespundă o prezumţie de comunitate a obligaţiilor patrimoniale asumate de oricare dintre soţi.

Acest punct de vedere se întemeiază, evident, pe „mecanismul gestiunii colective" consacrat de vechiul Cod al familiei. În prezent, prin noul Cod civil român, este consacrat, aşa cum am arătat şi mai sus, „mecanismul gestiunii paralele".

Semnificativă în această privinţă este şi regula instituită prin art. 352 C. civ. privitor la *„răspunderea subsidiară pentru datoriile comune"*. Potrivit acestui text „… (1) În măsura în care obligaţiile comune nu au fost acoperite prin urmărirea bunurilor comune, soţii răspund solidar, cu bunurile proprii. În acest caz, cel care a plătit datoria comună se subrogă în drepturile creditorului pentru ceea ce a suportat peste cota-parte ce i-ar reveni din comunitate dacă lichidarea s-ar face la data plăţii datoriei.

(2) Soţul care a plătit datoria comună, în condiţiile alin. 1, are drept de retenţie asupra bunurilor celuilalt soţ până la acoperirea integrală a creanţelor pe care acesta i le datorează".

Ca regulă generală, creditorii comuni ai soţilor pot urmări bunurile comune şi numai în ipoteza în care aceste bunuri nu ar fi suficiente, creditorii comuni pot urmări bunurile personale ale fiecărui soţ (art. 352 C. civ.). Deci, răspunderea cu bunurile proprii pentru datoriile comune este o „răspundere subsidiară", ceea ce înseamnă că în ipoteza în care creditorii comuni ai soţilor urmăresc mai întâi

bunurile proprii ale fiecărui soţ, pentru datoriile comune ale soţilor, aceştia (soţii) pot invoca „beneficiul de discuţiune”, adică excepţia prin care soţii solicită creditorilor să urmărească mai întâi bunurile comune şi numai dacă acestea nu sunt îndestulătoare pentru realizarea creanţei, să procedeze la urmărirea bunurilor proprii.

Deci, răspunderea soţilor cu bunurile proprii pentru datoriile comune este o „răspundere subsidiară”, aceasta însemnând că, în ipoteza în care creditorii comuni ai soţilor ar proceda mai întâi la urmărirea bunurilor proprii ale soţilor, soţii sunt îndreptăţiţi să invoce „beneficiul de discuţiune”, care este o excepţie procesuală prin care soţii solicită creditorilor să procedeze mai întâi la urmărirea bunurilor comune şi, numai dacă acestea nu ar fi îndestulătoare pentru realizarea creanţei, să se procedeze şi la urmărirea bunurilor proprii (art. 352 alin. 1 fraza întâi C. civ.).

În acest caz, când se procedează mai întâi la urmărirea bunurilor comune, răspunderea soţilor cu bunurile lor proprii va fi nu numai o răspundere subsidiară ci şi o „răspundere solidară”, adică fiecare dintre soţi poate fi urmărit pentru întreaga datorie rămasă neacoperită, iar soţul care a plătit datoria comună se subrogă în drepturile creditorilor comuni pentru ceea ce a suportat peste cota-parte ce i-ar fi revenit din comunitatea de bunuri dacă lichidarea s-ar face la data plăţii datoriei (art. 352 alin. 1 fraza a doua C. civ.).

De asemenea, soţul care a plătit datoria comună în condiţiile art. 352 alin. 1 C. civ. are un „drept de retenţie” asupra bunurilor celuilalt soţ până la acoperirea integrală a creanţelor pe care acesta i le datorează (art. 352 alin. 2 C. civ.). Această operaţiune se realizează prin „acţiunea în regres” a soţului care a plătit datoria „peste partea ce i se cuvenea”. Cu alte cuvinte, până la momentul la care soţul care a plătit datoria comună

îşi recuperează de la celălalt soţ „suma achitată în plus", adică peste cota sa parte din datorie, acesta are un drept de retenţie asupra bunurilor (proprii) ale celuilalt soţ, în felul acesta recunoscându-se în favoarea soţului plătitor dreptul la o acţiune proprie, prin care poate solicita instanţei reţinerea bunurilor celuilalt soţ până la acoperirea integrală a creanţelor pe care acesta i le datorează.

În literatura juridică se face şi o subliniere în legătură cu „urmărirea subsidiară a bunurilor proprii", în sensul că creditorul/creditorii comuni va/vor trebui să-şi dividă urmărirea între cei doi soţi, fiecare dintre soţi putând fi urmărit de creditorul comun numai pentru jumătate din creanţa rămasă neachitată după urmărirea bunurilor comune, deşi porţiunea sa din comunitatea de bunuri se va determina precis numai la împărţirea bunurilor comune.

Această ipoteză vizează situaţia când ambii soţi ar fi urmăriţi separat pentru recuperarea creanţei comune, cu bunurile lor proprii, pentru că numai într-o atare situaţie juridică s-ar pune problema calculării artificiale a cotelor-părţi ce le-ar reveni soţilor din bunurile comune, pentru a se putea apoi stabili întinderea urmăririi bunurilor proprii ale fiecărui soţ. Nu se vede însă interesul creditorilor comuni de a proceda în acest mod, atunci când au la îndemână soluţia mult mai lesnicioasă a răspunderii solidare a soţilor cu bunurile lor proprii, pentru acoperirea părţii de creanţă rămasă nerealizată, ca urmare a urmăririi bunurilor comune.

Mai trebuie menţionată şi situaţia juridică a *creditorilor personali ai fiecăruia dintre soţi,* aceştia neputând urmări „bunurile comune ale soţilor" (art. 353 alin. 1 C. civ.). Dar, cu toate acestea, după urmărirea bunurilor proprii ale soţului debitor, creditorul personal poate cere partajul bunurilor comune, însă numai în măsura

necesară pentru acoperirea creanţei sale, bunurile astfel împărţite devenind bunuri proprii (art. 353 alin. 2 şi 3 din Codul civil).

Deci, în cadrul creditorilor personali ai soţilor, aceştia vor urmări mai întâi bunurile proprii ale soţului debitor şi numai în măsura necesară realizării creanţei lor (spre deosebire de creditorii comuni care sunt îndrituiţi să urmărească mai întâi bunurile comune ale soţilor şi numai în mod subsidiar şi bunurile proprii, în condiţiile în care bunurile comune nu sunt îndestulătoare). Această ordine în care se face urmărirea bunurilor soţilor (mai întâi a bunurilor personale) este imperativă, fiind însă admisibilă – aşa cum se subliniază în literatura juridică – „indisponibilizarea provizorie" a unor bunuri din comunitate prin luarea de măsuri asigurătorii, cum ar fi sechestrul asigurător sau poprirea executorie.

Urmărirea veniturilor din profesie. Veniturile din muncă ale unui soţ, precum şi cele asimilate acestora (indemnizaţii, premii anuale, salarii compensatorii, premii acordate cu ocazia diferitelor sărbători etc.) nu pot fi urmărite pentru datoriile comune asumate de către celălalt soţ, cu excepţia celor prevăzute la art. 351 lit. c C. civ., adică obligaţiile asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei (art. 354 C. civ.).

Lichidarea comunităţii. Partajul. Potrivit art. 357 din Codul civil „… (1) În cadrul lichidării comunităţii, fiecare dintre soţi preia bunurile sale proprii, după care se va proceda la partajul bunurilor comune şi la regularizarea datoriilor.

(2) În acest scop, se determină mai întâi cota-parte ce revine fiecărui soţ, pe baza contribuţiei sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât şi la îndeplinirea obligaţiilor comune. Până la proba

contrară, se prezumă că soţii au avut o contribuţie egală.

(3) Dispoziţiile art. 364 alin. (2) se aplică în mod corespunzător.” (potrivit acestui text, soţii răspund solidar pentru obligaţiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei şi a celor legate de creşterea şi educarea copiilor).

Procedura lichidării comunităţii legale se realizează în cadrul mai multor operaţiuni: preluarea de către fiecare dintre soţi a bunurilor sale proprii (care îi aparţin în proprietate exclusivă) şi, apoi, urmează partajarea bunurilor rămase (ce constituie bunuri comune).

Concomitent cu aceste două operaţiuni, se va proceda şi la „regularizarea datoriilor”, în sensul că se vor stabili datoriile, natura lor, urmând ca cele comune să fie divizate între foştii soţi.

Nu trebuie confundată „lichidarea regimului comunităţii legale” cu „partajul”, acesta din urmă putând avea loc şi în timpul regimului comunităţii.

În ceea ce priveşte „partajul care are loc cu ocazia lichidării comunităţii legale”, se realizează trei operaţiuni: preluarea bunurilor comune de fiecare dintre soţi; stabilirea corei-părţi a fiecărui soţ din „masa bunurilor comune”; stabilirea cotei-părţi a soţilor la îndeplinirea obligaţiilor comune.

Preluarea bunurilor proprii este operaţiunea cea mai simplă, în cadrul acesteia fiecare dintre soţi preluând bunurile care îi aparţin în proprietate exclusivă, bunurile rămase formând „masa bunurilor comune”.

Stabilirea cotei-părţi a fiecărui soţ din „masa bunurilor comune” în vederea partajării acestora. Prin lege (art. 357 alin. 2 fraza a doua) este instituită o prezumţie relativă a „contribuţiei egale a soţilor la dobândirea bunurilor comune”.

Prezumţia fiind relativă, poate fi răsturnată făcându-se proba că unul dintre soţi a avut o contribuţie mai mare la dobândirea acestor bunuri comune. Nu se poate însă ajunge la concluzia că numai unul dintre soţi a contribuit la dobândirea totalităţii bunurilor comune deoarece munca depusă în gospodărie şi pentru creşterea copiilor este considerată ca fiind, şi ea, o contribuţie la cheltuielile gospodăriei şi, implicit, la dobândirea bunurilor comune, chiar dacă numai unul dinte soţi a realizat venituri salariale şi alte venituri asimilate acestora (art. 326 C. civ.). De asemenea, soţul care a participat efectiv la activitatea profesională a celuilalt soţ are drept la o compensaţie în măsura îmbogăţirii acestuia, dacă participarea sa a depăşit limitele obligaţiei de sprijin material şi ale obligaţiei de a contribui la cheltuielile căsătoriei (art. 328 C. civ.). Cu alte cuvinte, în vederea stabilirii cotelor fiecărui soţ se iau în considerare: veniturile realizate de fiecare dintre soţi; munca depusă de soţi în gospodărie şi pentru creşterea copiilor; durata separaţiei în fapt a soţilor; conduita risipitoare a unuia dintre soţi etc. Însă atunci când unul dintre soţi nu prestează muncă remunerată pentru a se ocupa de întreţinerea gospodăriei, această activitate constituie contribuţie proprie la dobândirea bunurilor comune.

Sunt supuse partajului „bunurile comune existente în momentul împărţelii”, iar în privinţa valorii bunurilor de împărţit, se va avea în vedere valoarea acestora la data partajului, şi nu de la data intrării în comunitate. Se are în vedere „valoarea de circulaţie a bunurilor supuse împărţelii”. Valoarea terenurilor se stabileşte în funcţie de anumite criterii, cum ar fi: categoria de folosinţă, ramul de cultură, importanţa social-economică, calitatea şi proprietăţile solului, relief, gradul de

fertilitate, poziţia faţă de localităţi şi mijloacele de comunicaţie, gradul de înclinare, preţul practicat în zonă, posibilitatea amplasării de construcţii etc.

Valoarea construcţiilor se stabileşte în funcţie de materialele de construcţie utilizate, finisaje, locul situării, gradul de seismicitate, starea construcţiei, distanţa faţă de reţelele de apă, canal, gaz, electricitate, preţurile practicate în zonă pentru construcţii similare.

Textul art. 673^{3} C. pr. civ. indică şi alte câteva elemente de care trebuie să se ţină seama la formarea şi atribuirea loturilor şi anume: acordul părţilor; mărimea cotei-părţi ce se cuvine fiecăruia; masa bunurilor de împărţit; natura bunurilor; domiciliul şi ocupaţia părţilor; faptul că unul dintre coproprietari, înainte de a se cere împărţeala, a făcut construcţii; îmbunătăţiri, cu acordul coproprietarilor etc. (înşiruirea nu este limitativă, instanţa ţinând seama şi de alte aspecte, în funcţie de circumstanţele particulare ale cauzelor, cum ar fi, de exemplu: utilizarea îndelungată a terenului de către unul dintre copărtaşi; nevoia mai mare a unui copărtaş de bunul supus partajului; imposibilitatea unui copărtaş de a-şi procura un asemenea bun; necesitatea protejării terţului de bună-credinţă dobânditor al unui bun aflat în proprietate comună, prin includerea bunului în lotul înstrăinătorului; necesitatea protejării creditorilor prin includerea bunului în lotul debitorului, pentru a se asigura posibilitatea urmăririi bunului).

În cazul în care bunul de indivizibil nu este comod partajabil în natură, partajul se va face în unul din următoarele moduri, expres şi limitativ prevăzute de art. 676 alin. 2 din Codul civil: atribuirea întregului bun, în schimbul unei „sulte” (sumă de bani care compensează inegalitatea loturilor), în favoarea unuia sau mai multor

coproprietari, la cererea acestora; vânzarea bunului în modul stabilit de coproprietari ori, în caz de neînţelegere, la licitaţie publică, în condiţiile legii, şi distribuirea preţului către coproprietari proporţional cu cota partea fiecăruia dintre ei.

Stabilirea cotelor-părţi a soţilor la îndeplinirea obligaţiilor comune. Şi în această privinţă operează prezumţia relativă a contribuţiei egale a soţilor de procurare a bunurilor comune. Soţii au o „răspundere solidară" în ceea ce priveşte obligaţiile asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei şi a celor legate de creşterea şi educarea copiilor (art. 357 alin. 3, combinat cu art. 364 alin. 2 din Codul civil).

Lichidarea regimului comunităţii de bunuri are loc la încetarea comunităţii, prin hotărâre judecătorească sau act autentic notarial (art. 355 alin. 1 C. civ.).

Până la finalizarea lichidării, comunitatea subzistă atât în privinţa bunurilor, cât şi în privinţa obligaţiilor (art. 355 alin. 2 C. civ.).

Când comunitatea încetează prin decesul unuia dintre soţi, lichidarea se face între soţul supravieţuitor şi moştenitorii soţului decedat. În acest caz, obligaţiile soţului decedat se divid între moştenitori proporţional cu cotele ce le revin in moştenire (art. 355 alin. 3 C. civ.).

Dacă regimul comunităţii de bunuri încetează prin desfacerea căsătoriei, foştii soţi rămân coproprietari în devălmăşie asupra bunurilor comune până la stabilirea cotei-părţi ce revine fiecăruia (art. 356 C. civ.).

Situaţia este oarecum similară celei în care regimul matrimonial (deci şi comunitatea matrimonială) încetează prin constatarea nulităţii

sau anularea acesteia, bunurile comune fiind supuse partajului (art. 319 alin. 1 C. civ.).

În ceea ce priveşte partajul care se realizează în timpul comunităţii, potrivit art. 358 din Codul civil „… (1) În timpul regimului comunităţii, bunurile comune pot fi împărţite, în tot sau în parte, prin act încheiat în formă autentică notarială, în caz de bună învoială, ori pe cale judecătorească, în caz de neînţelegere.

(2) Prevederile art. 357 alin. (2) se aplică în mod corespunzător (potrivit acestui text se determină mai întâi cota-parte ce revine fiecărui soţ, pe baza contribuţiei sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât şi la îndeplinirea obligaţiilor comune. Până la proba contrarie, se prezumă că soţii au avut o contribuţie egală).

(3) Bunurile atribuite fiecărui soţ prin partaj devin bunuri proprii, iar bunurile neîmpărţite rămân bunuri comune.

(4) Regimul comunităţii nu încetează decât în condiţiile legii, chiar dacă toate bunurile comune au fost împărţite potrivit acestui articol.” (potrivit art. 355 alin. 2 C. civ. „comunitatea subzistă, atât în privinţa bunurilor, cât şi în privinţa obligaţiilor, până la finalizarea lichidării, aceasta realizându-se în condiţiile stabilite prin art. 357 C. civ., de care ne-am ocupat mai înainte).

Aşadar, împărţeala bunurilor comune în timpul regimului comunităţii legale nu înseamnă o modificare a regimului matrimonial, acest regim menţinându-se, iar bunurile împărţite devenind bunuri proprii. În ipoteza în care soţii îşi împart, în timpul căsătoriei, o parte din bunurile comune, prin împărţire acestea devin bunuri proprii, restul bunurilor comune neîmpărţite rămânând în proprietatea devălmaşe a soţilor. Dacă soţii îşi împart toate bunurile comune în timpul căsătoriei, iar ulterior au dobândit alte bunuri, aceste bunuri

noi, nepartajate, intră sub regimul matrimonial ales de soţi, adică acela al comunităţii legale.

Convenţiile contrare regimului comunităţii legale sunt lovite de nulitate absolută în măsura în care acestea sunt incompatibile cu regimul (general) al comunităţii convenţionale (art. 359 C. civ.). În literatura juridică se face o enumerare a unor asemenea clauze, cum sunt, de exemplu: clauza prin care s-ar prevede dreptul oricăruia dintre soţi de a încheia acte de înstrăinare sau acte de grevare cu drepturi reale a unui bun imobil comun, fără consimţământul celuilalt soţ; clauza prin care s-ar prevede dreptul oricăruia dintre soţi de a schimba destinaţia unui bun comun fără consimţământul celuilalt soţ; clauza prin care s-ar stipula că o anumită datorie calificată de lege ca fiind comună este o datorie proprie, fără să se fi încheiat de către soţi o convenţie matrimonială în acest sens; clauza prin care s-ar stabili exercitarea dreptului de folosinţă, administrare, dispoziţie asupra bunurilor comune (altele decât locuinţa familiei şi bunurile care mobilează sau decorează imobilul locuinţă a familiei) numai cu consimţământul ambilor soţi, fără a exista o convenţie matrimonială în acest sens; clauza prin care s-ar stabilit că sunt bunuri comune şi bunurile dobândite în afara căsătoriei, în absenţa unei convenţii matrimoniale în acest sens; clauza prin care s-ar stabili că bunurile comune ale soţilor nu pot constitui obiect al aportului la societăţi, asociaţii, fundaţii; clauza prin care s-ar stipula că lichidarea regimului comunităţii de bunuri poate avea loc şi printr-un act sub semnătură privată; clauza prin care s-ar contraveni procedurilor art. 342 C. civ., stipulându-se interdicţia soţului de a folosi, de a dispune de un bun propriu, fără ca o asemenea interdicţie să rezulte din lege (cum ar fi,

de exemplu, art. 322 C. civ., care se referă expres la regimul juridic al unor asemenea acte juridice).

b) *Regimul separaţiei de bunuri*

Potrivit art. 360 din Codul civil „… (1) Fiecare dintre soţi este proprietar exclusiv în privinţa bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, precum şi a celor pe care le dobândeşte în nume propriu după această dată.

(2) Prin convenţie matrimonială, părţile pot stipula clauze privind lichidarea acestui regim în funcţie de masa de bunuri achiziţionate de fiecare dintre soţi în timpul căsătoriei, în baza căreia se va calcula creanţa de participare. Dacă părţile nu au convenit altfel, creanţa de participare reprezintă jumătate din diferenţa valorică dintre cele două mase de achiziţii nete şi va fi datorată de către soţul a cărui masă de achiziţii nete este mai mare, putând fi plătită în bani sau în natură."

În conformitate cu art. 361 din Codul civil „… (1) La adoptarea acestui regim, notarul public întocmeşte un inventar al bunurilor mobile proprii, indiferent de modul lor de dobândire.

(2) Se poate întocmi un inventar şi pentru bunurile mobile dobândite în timpul separaţiei de bunuri.

(3) În toate cazurile, pentru opozabilitate faţă de terţi, inventarul se anexează la convenţia matrimonială, supunându-se aceloraşi formalităţi de publicitate ca şi convenţia matrimonială.

(4) În lipsa inventarului se prezumă, până la proba contrară, că dreptul de proprietate exclusivă aparţine soţului posesor.

(5) Dacă bunul a fost dobândit printr-un act juridic supus, potrivit legii, unei condiţii de formă pentru validitate ori unor cerinţe de publicitate, dreptul de proprietate exclusivă nu se poate dovedi decât prin înscrisul care îndeplineşte formele cerute de lege.”

Potrivit art. 362 din Codul civil „… (1) Bunurile dobândite împreună de soţi aparţin acestora în proprietate comună pe cote-părţi, în condiţiile legii.

(2) Dovada coproprietăţii se face în condiţiile art. 361, care se aplică în mod corespunzător.” (text care se referă la inventarierea bunurilor).

Bunurile unui soţ pot fi folosite de celălalt soţ, în condiţiile prevăzute de art. 363 C. civ., potrivit căruia „…(1) Soţul care se foloseşte de bunurile celuilalt soţ fără împotrivirea acestuia din urmă are obligaţiile unui uzufructuar, cu excepţia celor prevăzute la art. 723, 726 şi 727. El este dator să restituie numai fructele existente la data solicitării lor de către celălalt soţ sau, după caz, la data încetării ori schimbării regimului matrimonial.

(2) Dacă unul dintre soţi încheie singur un act prin care dobândeşte un bun, folosindu-se, în tot sau în parte, de bunuri aparţinând celuilalt soţ, acesta din urmă poate alege, în proporţia bunurilor proprii folosite fără acordul său, între a reclama pentru sine proprietatea bunului achiziţionat şi a pretinde daune-interese de la soţul dobânditor. Proprietatea nu poate fi însă reclamată decât înainte ca soţul dobânditor să dispună de bunul dobândit, cu excepţia cazului în care terţul dobânditor a cunoscut că bunul a fost achiziţionat de către soţul vânzător prin valorificarea bunurilor celuilalt soţ.”

1. Ţinându-se seama de textele sus-menţionate, se poate face o prezentare de ansamblu a regimului separaţiei de bunuri care reprezintă o „alternativă

opusă total regimului comunităţii legale de bunuri" prin care se tinde – aşa cum se subliniază în literatura de specialitate – să se realizeze „cea mai completă disociere a intereselor soţilor".

Un atare regim matrimonial prezintă, în mod evident, unele avantaje, după cum urmează: asigură o „independenţă patrimonială a soţilor" şi, de asemenea, asigură „protecţia soţilor în cazul ivirii unui pasiv substanţial" (în sensul că soţul celui care a contractat în timpul căsătoriei anumite datorii nu va fi obligat să plătească aceste datorii, aşa cum se întâmplă sub regimul comunităţii legale de bunuri); se evită partajul bunurilor; regimul poate fi avantajos şi în cazul persoanelor care se recăsătoresc şi au copii din căsătorii anterioare sau în cazul profesioniştilor implicaţi în afaceri ce presupun un mare risc profesional. Desigur, însă, că regimul separaţiei de bunuri prezintă şi unele dezavantaje, în sensul că soţii sunt nevoiţi să-şi ţină evidenţa bunurilor lor şi a datoriilor contractate de ei. Uneori acest regim este injust în privinţa soţului care nu realizează venituri dintr-o activitate profesională, dar se ocupă de gospodărie şi de creşterea copiilor (acest soţ, dacă rămâne văduv, beneficiază de mai puţine bunuri decât dacă ar fi beneficiat în cazul în care soţii ar fi fost căsătoriţi sub regimul comunităţii legale de bunuri). În literatura juridică mai veche s-a făcut, de altfel, observaţia că un asemenea regim este întrebuinţat în special de către cei avuţi şi de cei care se recăsătoresc cu moştenitori din alte mariaje, la care îi putem adăuga pe cei egoişti sau pentru care căsătoria este considerată şi ea tot o afacere (de aceea, înainte de trecerea la regimul politic capitalist, un asemenea tip de regim matrimonial nu era admisibil).

2. În cadrul acestui regim matrimonial (cel al separaţiei de bunuri) soţii pot avea numai „bunuri proprii" dar şi „bunuri comune pe cote-părţi". Ei

nu vor avea însă niciodată „bunuri comune în devălmăşie”.

Mai trebuie subliniat faptul că, sub acest regim, fiecare dintre soţi este proprietar exclusiv „în privinţa bunurilor dobândite înaintea încheierii căsătoriei”, dar şi a „bunurilor pe care le dobândeşte *în nume propriu* după această dată”, nefiind relevantă, aşadar, data dobândirii bunurilor şi nici caracterul oneros sau gratuit al dobândirii bunurilor respective. Desigur că, implicit, „bunurile dobândite împreună în timpul căsătoriei” vor fi „bunuri comune” dar acestea au „regimul bunurilor pe cote-părţi”, nu regimul bunurilor comune în devălmăşie (art. 362 alin. 1 C. civ.).

Bunul achiziţionat de un soţ „pe numele său” va fi un „bun propriu, în proprietatea sa exclusivă”, chiar dacă achiziţia acestui bun s-a făcut cu banii celuilalt soţ, soţul proprietar datorând, însă, celuilalt soţ (sau urmaşilor acestuia) valoarea bunului achiziţionat în aceste condiţii (adică cu banii celuilalt soţ), soţul care a contribuit cu bani la achiziţionarea bunului de către celălalt soţ fiind doar titularul unui drept de creanţă pentru suma considerată ca fiind împrumutată şi niciodată al unui drept de proprietate (art. 360 alin. 2 C. civ.). În literatura juridică se consideră că acest mod de lichidare a creanţei între soţi reprezintă o derogare atât de la regimul separaţiei de bunuri, cât şi de la cel al comunităţii legale, prin art. 360 alin. 2 C. civ., fiind instituit „un regim mixt” care îmbină regimul separaţiei de bunuri cu regimul comunităţii legale, regim mixt cunoscut sub denumirea de „regimul participării la achiziţii” (desigur, în cadrul regimului separaţiei de bunuri). Conform acestui regim, cât timp soţii sunt căsătoriţi, se consideră că ei sunt căsătoriţi sub regimul separaţiei de bunuri. Ulterior încetării regimului matrimonial ca urmare a încetării căsătoriei, intervine regimul comunităţii

legale. Acest regim derogativ al participării la achiziţii nu constituie un regim distinct de bunuri, ci doar o variantă a regimului separaţiei de bunuri.

Prin art. 360 alin. 2 C. civ. se recunoaşte părţilor (soţilor) posibilitatea ca, prin convenţie matrimonială, să stipuleze clauze privind lichidarea regimului separaţiei de bunuri în funcţie de masa de bunuri achiziţionate de fiecare dintre soţi în timpul căsătoriei, în baza căreia se va calcula „creanţa de participare". Într-o asemenea situaţie, dacă părţile nu au convenit altfel, creanţa de participare reprezintă jumătate din diferenţa valorică dintre cele două mase de achiziţii nete şi va fi datorată de către soţul a cărei masă de achiziţii nete este mai mare, putând fi plătită în bani sau în natură.

Textul sus-menţionat (art. 360 alin. 2 C. civ. nu are în vedere bunurile comune, ci „expresia valorică a sporului obţinut de fiecare soţ la dobândirea bunurilor sale", practic aceasta însemnând că este vorba „de un calcul pentru a se stabili cu cât s-a îmbogăţit şi, în mod corelativ, sărăcit fiecare soţ pe durata căsătoriei". Ceea ce se are în vedere este „masa netă a bunurilor achiziţionate de fiecare dintre soţi în timpul căsătoriei, care se obţine prin diferenţa dintre valoarea patrimoniului iniţial al fiecărui soţ şi valoarea patrimoniului final al fiecăruia dintre aceştia. Calculul diferenţei se face pentru fiecare soţ în parte. Din valoarea mai mare a unuia dintre soţi, rezultată în urma diferenţei calculate (în sensul sus-menţionat) se scade valoarea mai mică a celuilalt soţ, iar diferenţa se divide în două, aceasta reprezentând „creanţa de participare".

Dar art. 360 alin. 2 C. civ. prevede că, prin convenţia matrimonială, soţii au posibilitatea să prevadă un procent mai mare sau mai mic din diferenţa valorică dintre masele nete de achiziţii ale soţilor care reprezintă creanţa de participare.

Aceasta (creanţa de participare) este de jumătate din această diferenţă numai dacă părţile nu convin altfel. Deci, este creată, prin lege, o prezumţie (relativă) de jumătate de diferenţă valorică care reprezintă creanţa de participare, doar pentru cazul când părţile nu au convenit un alt procent din această diferenţă valorică. Mai trebuie ţinut seama şi de faptul că „caracterul de bun comun pe cote-părţi" trebuie probat de soţi, acesta neprezumându-se, deci, pe cale de consecinţă, şi creanţa de participare trebuie dovedită, aceasta nefiind prezumată.

În ceea ce ne priveşte, *de lege ferenda* (în afara reglementării actuale), considerăm că soluţia adoptată în noul Cod civil în legătură cu regimul juridic al bunurilor dobândite cu titlu personal de unul dintre soţi cu bani obţinuţi de la celălalt soţ, în cadrul regimului separaţiei de bunuri, este prea sofisticată (complicată), pe lângă faptul că nu are în vedere decât situaţia juridică creată după încetarea căsătoriei. Mai potrivită ar fi reglementarea posibilităţii dobândirii de către soţi a bunurilor proprietate personală cu bani împrumutaţi de la celălalt soţ în temeiul unui contract de împrumut redactat în formă autentică sau sub semnătură privată, contract care ar constitui proba „creanţei de participare" care ar fi un titlu de creanţă figurând în patrimoniul soţului împrumutător şi a cărei scadenţă poate interveni atât în timpul căsătoriei, cât şi la încetarea acesteia, nemaifiind necesară crearea prezumţiei de jumătate valorică instituită prin art. 360 alin. 2 C. civ. Această soluţie mai simplă se impune şi pentru că în „regimul separaţiei de bunuri" soţii tot sunt obligaţi să ţină evidenţa separată a bunurilor prin inventare, adică formalităţi destinate să întocmească situaţia juridică patrimonială a soţilor în orice moment al existenţei căsătoriei.

3. O altă situaţie juridică, adesea întâlnită în cadrul regimului matrimonial al separaţiei de bunuri, este cea a „folosinţei bunurilor celuilalt soţ” (reglementată prin art. 363 C. civ., reprodus mai sus).

În astfel de cazuri, când unul dintre soţi utilizează un bun al celuilalt soţ fără ca acesta din urmă să se opună, soţului care foloseşte bunul îi revin „obligaţiile uzufructuarului” şi anume: folosirea bunului conform destinaţiei sale date de soţul proprietar al bunului (exceptând situaţia în care se asigură o creştere a valorii bunului sau cel puţin nu se prejudiciază în nici un fel interesele proprietarului); despăgubirea soţului proprietar pentru orice prejudiciu cauzat prin folosirea necorespunzătoare a bunului; efectuarea reparaţiilor de întreţinere a bunului (adică altele decât cele de consolidare sau reabilitare a structurii de rezistenţă a zidurilor, acoperişului, instalaţiilor electrice, termice, sanitare, de înlocuire sau reparare a motorului ori a caroseriei unui automobil sau a unui sistem electronic în ansamblul său, ce implică o cheltuială excepţională şi care cade în sarcina soţului proprietar); înştiinţarea soţului proprietar cu privire la necesitatea efectuării reparaţiilor mari; suportarea sarcinilor şi de plată a cheltuielilor ocazionate de litigiile privitoare la folosinţa bunului, culegerea fructelor, încasarea veniturilor din plata primelor de asigurare dacă bunul este asigurat; încunoştinţarea soţului proprietar cu privire la orice uzurpare a fondului şi la orice constatare a dreptului de proprietate; restituirea pieilor sau a valorii lor, în cazul pieirii în întregime a unei turme din cauze neimputabile soţului care o foloseşte, respectiv de înlocuire a animalelor pierite cu cele de prăsilă, dacă turma nu a dispărut în întregime (art. 363 alin. 1 C. civ.).

În ceea ce priveşte fructele produse de bunul folosit, soţul care foloseşte bunul celuilalt soţ este obligat să restituie doar fructele care există la momentul solicitării restituirii de către celălalt soţ ori a celor care există în momentul încetării sau schimbării regimului matrimonial.

Atunci când un soţ dobândeşte un bun în baza unui act juridic încheiat cu un terţ folosindu-se însă, în întregime sau parţial, de un bun care aparţine celuilalt soţ, fără a avea consimţământul acestuia (de exemplu, vinde bunul celuilalt soţ ori numai o cotă-parte din bun; schimbă bunul celuilalt soţ cu un altul), soţul care nu şi-a dat acordul are „posibilitatea de opţiune" între: reclamarea dreptului de proprietate asupra bunului dobândit de soţul său în baza actului juridic încheiat cu terţul; solicitarea de daune-interese de la soţul dobânditor. Opţiunea se exercită numai în limita bunurilor proprii utilizate fără acordul său (art. 363 alin. 2 fraza întâi C. civ.).

În cazul în care soţul care nu şi-a dat acordul doreşte să reclame dreptul de proprietate asupra bunului achiziţionat, aceasta poate avea loc numai până la momentul în care soţul dobânditor dispune de bunul dobândit. Ulterior acestui moment, proprietatea bunului poate fi reclamată numai dacă se dovedeşte reaua-credinţă a terţului dobânditor, în sensul că acesta a cunoscut faptul că bunul a fost achiziţionat de către soţul vânzător prin valorificarea bunurilor celuilalt soţ. Terţul de bună-credinţă va păstra bunul dobândit de soţul înstrăinător prin dispunerea de bunurile celuilalt soţ (art. 363 alin. 2 fraza a doua C. civ.).

4. *Inventarul bunurilor mobile.* Atunci când soţii optează pentru „regimul separaţiei de bunuri" (atât anterior, cât şi în timpul căsătoriei), notarul public întocmeşte un „inventar al bunurilor mobile proprii" (indiferent de modul lor de dobândire) (art. 361 alin. 1 C. civ.).

Se poate întocmi un inventar şi pentru bunurile dobândite în timpul separaţiei de bunuri, dar, aşa cum se subliniază în literatura juridică, întocmirea acestui inventar nu are caracter obligatoriu, ci reprezintă o opţiune a soţilor. De adăugat şi observaţia că, potrivit art. 360 alin. 1 şi art. 362 alin. 1 C. civ., soţii căsătoriţi sub regimul separaţiei de bunuri sunt proprietari exclusivi în privinţa bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, „precum şi a celor pe care le dobândeşte, în nume propriu, după această dată", iar bunurile dobândite împreună de soţi aparţin acestora în „proprietate comună pe cote-părţi".

În cazul în care nu se întocmeşte inventar „se prezumă că dreptul de proprietate exclusivă aparţine soţului care *posedă bunul"* (prezumţia are un caracter relativ putând fi răsturnată prin proba contrarie ce se va face de către soţul proprietar, dar care nu este posesor). Iar, atunci când ambii soţi posedă bunul „operează o prezumţie de coproprietate a bunului" (art. 633 C. civ.). Prin urmare, atunci când nu există un inventar şi nu sunt nici alte probe permise de lege, există posibilitatea ca soţul proprietar al unui bun mobil aflat în posesia soţului neproprietar să piardă dreptul său de proprietate ori, în cazul în care bunul său mobil se află în posesia ambilor soţi, să fie doar coproprietar pe cote-părţi asupra bunului (potrivit art. 362 alin. 2 C. civ. se face în condiţiile art. 361, care se aplică în mod corespunzător).

Se menţionează, ca regulă generală, că dovada că un bun aparţine unuia dintre soţi sau ambilor soţi (în coproprietate) se poate face cu „orice mijloc de probă", dar, cu titlul de excepţie, în cazul în care bunul s-a dobândit printr-un act juridic pentru care legea cere o anumită condiţie de formă pentru valabilitatea sa ori printr-un act juridic supus unor cerinţe de publicitate, dreptul de

proprietate exclusivă se probează numai cu înscrisul care îndeplineşte formele cerute de lege.

5. *Răspunderea pentru obligaţiile personale ale soţilor.* Potrivit art. 364 din Codul civil „(1) Nici unul dintre soţi nu poate fi ţinut de obligaţiile născute din acte săvârşite de celălalt soţ.

(2) Cu toate acestea, soţii răspund solidar pentru obligaţiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei şi a celor legate de creşterea şi educarea copiilor".

Prin textul sus-menţionat este consacrat „principiul independenţei patrimoniale şi la nivelul laturii pasive" (pasivul patrimonial). Dar, acest principiu are şi unele limite, prevăzute la art. 364 alin. 2 al Codului civil şi care constituie excepţii de la principiul enunţat la alin. 1 din acelaşi text: este vorba de „răspunderea solidară a soţilor" pentru obligaţiile asumate de soţi în scopul acoperirii cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei şi pentru cele legate de creşterea şi educarea copiilor.

c) *Regimul comunităţii convenţionale*

Potrivit art. 366 din Codul civil, soţii pot opta şi pentru un alt regim matrimonial decât cel al „comunităţii legale" şi cel al „separaţiei de bunuri", respectiv, pentru „regimul comunităţii convenţionale" prin care se derogă, prin convenţie matrimonială, de la dispoziţiile privind regimul comunităţii legale.

În mod concret, în conformitate cu acest text „Regimul comunităţii convenţionale se aplică atunci când, în condiţiile şi limitele prevăzute în prezenta secţiune (este vorba de secţiunea a IV-a,

Regimul comunităţii convenţionale), se derogă, prin convenţie matrimonială, de la dispoziţiile privind regimul comunităţii legale".

Derogarea de la regimul comunităţii legale de bunuri nu poate avea loc decât în condiţiile şi limitele prevăzute de secţiunea a 4-a, titlul II din cartea a doua din noul Cod civil român. De fapt, este vorba de două texte: art. 367 referitor la obiectul convenţiei matrimoniale prin care se adoptă comunitatea convenţională şi art. 368 care priveşte situaţia juridică în cazul în care convenţia matrimonială se completează cu dispoziţii legale privind regimul comunităţii legale.

În conformitate cu art. 367 C. civ. „În cazul în care se adoptă comunitatea convenţională, convenţia matrimonială se poate referi la unul sau mai multe dintre următoarele aspecte: a) includerea în comunitate, în tot sau în parte, a bunurilor dobândite sau a datoriilor proprii născute înaintea ori după încheierea căsătoriei, cu excepţia bunurilor prevăzute la art. 340 lit. b şi c (adică bunurile de uz personal şi bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerţ care face parte din comunitatea de bunuri); b) restrângerea comunităţii la bunurile sau datoriile anume determinate în convenţia matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite ori, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei, cu excepţia obligaţiilor prevăzute la art. 351 lit. c (adică obligaţiile asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei); c) obligativitatea acordului ambilor soţi pentru încheierea anumitor acte de administrare (în acest caz dacă unul dintre soţi se află în imposibilitate de a-şi exprima voinţa sau se opune în mod abuziv, celălalt soţ poate să încheie singur actul, însă numai cu încuviinţarea prealabilă a instanţei de

tutelă); d) includerea clauzei de preciput; executarea clauzei de preciput se face în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent, din valoarea activului net al comunităţii; e) modalităţi privind lichidarea comunităţii convenţionale".

Din cele de mai sus rezultă că, atunci când soţii optează pentru „regimul comunităţii convenţionale de bunuri" (care este şi el un regim derogator de la regimul comunităţii legale de bunuri), pot conveni, prin convenţia matrimonială pe care ei o încheie, să fie incluse clauze cu privire la anumite aspecte, din cele enumerate la art. 367 lit. a–e din Codul civil (text al cărui conţinut este redat mai sus), acestea privind dubla posibilitate: „de a extinde comunitatea de bunuri" sau „de a restrânge comunitatea de bunuri".

În ceea ce priveşte posibilitatea extinderii comunităţii de bunuri, soţii pot prevedea că, în afara bunurilor dobândite prin căsătorie, devin bunuri comune şi bunurile proprii dobândite anterior căsătoriei sau pe parcursul ei (cu excepţia bunurilor de uz personal şi a celor destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi, dacă acestea nu sunt elemente ale unui fond de comerţ care fac parte din comunitatea de bunuri). De asemenea, se poate prevedea că anumite datorii proprii născute înainte ori după încheierea căsătoriei se includ în comunitatea de bunuri (art. 367 lit. a C. civ.). Se consideră însă că soţii nu vor putea stipula că un bun dobândit de unul dintre soţi prin testament sau donaţie, în privinţa căruia dispunătorul a stabilit că revine soţului gratificat, va fi bun comun, neputându-se trece peste voinţa dispunătorului.

În literatura juridică s-a mai făcut sublinierea că soţii au posibilitatea de a extinde comunitatea legală până la limita „comunităţii universale", în sensul includerii în comunitatea de bunuri a tuturor

bunurilor prezente şi viitoare, cu excepţia celor de uz personal şi a celor destinate exercitării profesiei unuia dintre soţi.

Aceasta ar însemna, însă, că prin convenţie matrimonială, în cadrul regimului „comunităţii convenţionale" părţile ar avea latitudinea să extindă sfera „comunităţii de bunuri" dincolo de limitele „comunităţii legale de bunuri" (ajungându-se, aşa cum se exprimă autorii citaţi, la „comunitatea universală"), nemaifăcându-se nicio distincţie între „bunurile proprii" şi „bunurile comune", aşa cum se întâmplă în sistemul comunităţii legale de bunuri, fără a se ţine seama de faptul că bunurile dobândite de soţi ar proveni dintr-un legat sau donaţie, deşi ar trebui totuşi, în aceste cazuri, să se ţină seama de voinţa dispunătorului.

În ceea ce priveşte restrângerea comunităţii de bunuri, soţii au posibilitatea, aşa cum prevede art. 367 lit. b din Codul civil, să restrângă comunitatea de bunuri sau datorii anume determinate în convenţia matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite sau, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei, cu excepţia obligaţiilor asumate de oricare dintre soţi pentru acoperirea cheltuielilor obişnuite ale căsătoriei.

Părţile pot să stipuleze prin convenţia matrimonială *„acordul lor expres pentru încheierea anumitor acte de administrare"* (cum ar fi, de exemplu, actele cu privire la un tablou de valoare sau a unei maşini de valoare). Deci, soţii pot stabilit, prin derogare de la regula consacrată de art. 317 alin. 1 C. civ., potrivit căreia orice soţ poate încheia orice acte juridice cu celălalt soţ sau cu terţe persoane, că anumite acte (expres precizate) cu privire la anumite bunuri (de asemenea, expres precizate) „pot fi încheiate numai cu acordul ambilor soţi". Administrarea

unui bun cu acordul ambilor soţi poate privi numai bunurile ce intră în comunitatea de bunuri, nu bunurile proprietate exclusivă a unuia dintre soţi (întrucât, prin art. 342 C. civ., este instituită „regula de ordine publică potrivit căreia soţul are dreptul de a administra bunurile sale proprii, regulă de la care nu se admit derogări convenţionale, întrucât s-ar încălca principiul egalităţii între bărbat şi femeie").

Atunci când soţii au prevăzut că este necesar consimţământul lor pentru închirierea unui anumit bun, actul nu poate fi, evident, încheiat în lipsa acordului ambilor soţi, dar, prin derogare de la această regulă, atunci când acordul unuia dintre soţi nu poate fi obţinut întrucât acesta este în imposibilitate de a-şi exprima voinţa sau se opune în mod abuziv, celălalt soţ poate încheia singur actul, dar numai cu încuviinţarea prealabilă a instanţei de tutelă (astfel de situaţii juridice pot fi diverse: *imposibilitatea fizică,* când suferă de alienaţie sau debilitate mintală, când în urma unui accident este în stare de inconştienţă ori datorită bolii se află sub tratament medicamentos care îi generează stări de halucinaţie, sau o *imposibilitate socială,* când, de exemplu, dispare de la domiciliu, lipseşte de la domiciliu o perioadă îndelungată). Încuviinţarea instanţei de tutelă se referă la recunoaşterea dreptului soţului care solicită autorizarea de a încheia singur actul, nu la autorizarea soţului solicitant de a-l reprezenta pe celălalt soţ la încheierea actului [în felul acesta făcându-se deosebirea de mandatul judiciar reglementat de art. 315 C. civ. (art. 367 lit. c din Codul civil)].

Soţii pot include în convenţia matrimonială şi o clauză de preciput (instituţie reglementată prin art. 333 C. civ.), posibilitate stabilită prin art. 367 lit. d C. civ. în conformitate cu care includerea

clauzei de preciput este posibilă, dar executarea acestei clauze se face în natură sau, dacă acest lucru este posibil, prin echivalent din valoarea activului net (totalitatea mijloacelor economice: bunuri mobiliare, imobiliare, bani lichizi, creanţe, titluri de valoare) al comunităţii de bunuri.

Potrivit, art. 333 alin. 1 C. civ., prin convenţie matrimonială se poate stipula ca soţul supravieţuitor să preia fără plată, înainte de partajul moştenirii, unul sau mai multe din bunurile comune deţinute în devălmăşie sau în coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soţi sau numai în favoarea unuia dintre ei.

Analiza detaliată a reglementării referitoare la clauza de preciput a fost făcută anterior, aşa încât nu mai revenim asupra acestei situaţii juridice, aici limitându-ne doar la această posibilitate, aşa cum este ea prevăzută la art. 367 lit. d C. civ.

Având în vedere, aşadar, numai prevederile art. 367 lit. d C. civ., trebuie subliniat că prin acest text soţii pot doar prevedea că, în afara bunurilor dobândite prin căsătorie, devin bunuri comune şi bunuri proprii dobândite anterior căsătoriei sau pe parcursul ei ori că numai anumite bunuri dobândite în timpul căsătoriei şi/sau anumite bunuri proprii dobândite în afara acesteia sau pe parcursul căsătoriei constituie bunuri comune. *Per a contrario,* înseamnă, aşadar, că soţii nu pot prevedea că în comunitatea de bunuri se includ şi bunuri comune pe cote-părţi dobândite de soţi anterior încheierii căsătoriei.

În afara prevederilor art. 367 C. civ., mai trebuie avute în vedere şi prevederile art. 368 C. civ. care se referă şi la alte dispoziţii aplicabile în cazul în care se optează pentru „regimul comunităţii convenţionale". În mod concret, în acest text se prevede că, în măsura în care prin

convenţia matrimonială nu se prevede altfel, „regimul comunităţii convenţionale se completează cu dispoziţiile legale privind regimul comunităţii legale” (regimul comunităţii convenţionale reprezentând o formă derogatorie de la regimul comunităţii legale de bunuri, căreia i se aplică dispoziţiile limitative prevăzute la art. 367–368 C. civ., dar care, în măsura în care prin convenţia matrimonială „nu se prevede altfel”, regimul comunităţii convenţionale „se completează cu dispoziţiile legale privind regimul comunităţii legale”).

IV. *Desfacerea căsătoriei prin divorţ*

1. Singura modalitate de desfacere a căsătoriei valabil încheiate este divorţul (încetarea căsătoriei prin decesul unuia sau ambilor soţi, concomitent, având drept consecinţă deschiderea procedurii de moştenire, care constituie un capitol separat în cadrul Codului civil, va face obiectul unui segment diferenţiat al prezentării noastre).

Divorţul nu se confundă cu „nulitatea căsătoriei” (de care ne-am ocupat în partea introductivă a studiului nostru): *nulitatea căsătoriei* reprezintă o măsură de desfiinţare a căsătoriei încheiate cu nerespectarea cerinţelor de valabilitate a acesteia, iar efectele sale se produc retroactiv *(ex tunc),* în timp ce *divorţul* reprezintă singura modalitate de desfacere a căsătoriei, care a fost încheiată în mod valabil, dar care a fost afectată iremediabil din cauze intervenite ulterior încheierii sale, efectele divorţului producându-se doar pentru viitor *(ex nunc)*.

În ceea ce priveşte „modalităţile divorţului”, potrivit art. 373 din Codul civil „Divorţul poate avea loc: a) prin acordul părţilor, la cererea ambilor soţi sau a unuia dintre soţi şi acceptată de celălalt soţ; b) atunci când, din cauza unor motive temeinicie, raporturile dintre soţi sunt grav vătămate şi continuarea căsătoriei nu mai este posibilă; c) la cererea unuia dintre soţi, după o separare de fapt car a durat cel puţin 2 ani; d) la cererea unuia dintre soţi a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei”.

Cele patru modalităţi de divorţ enunţate la art. 373 din Codul civil pot fi grupate în trei mari categorii: A. „divorţul prin acordul soţilor pe cale judiciară şi pe cale administrativă sau procedură notarială” – art. 373 lit. a, art. 374 şi 375 din Codul civil; B. „divorţul din culpă” – art. 379 din Codul civil; C. „divorţul la cererea aceluia dintre soţi a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei”.

A. *Divorţul prin acordul părţilor.* În legătură cu acest motiv de divorţ (formulat la art. 373 lit. a C. civ.) trebuie subliniat faptul că divorţul prin acordul părţilor se poate realiza: atât „pe cale judiciară” (art. 374 C. civ.), cât şi „pe cale administrativă sau prin procedură notarială” (art. 375 C. civ.).

a) *Divorţul prin acordul părţilor pe cale judiciară.* Potrivit art. 374 C. civ. „... (1) Divorţul prin acordul soţilor poate fi pronunţat indiferent de durata căsătoriei şi indiferent dacă există sau nu copii minori rezultaţi din căsătorie.

(2) Divorţul prin acordul soţilor nu poate fi admis dacă unul dintre soţi este pus sub interdicţie.

(3) Instanţa este obligată să verifice existenţa consimţământului liber şi neviciat al fiecărui soţ”.

1. Textul sus-menţionat este completat şi prin prevederile art. 613[1] din Codul de procedură civilă.

În conformitate cu art. 613[1] C. pr. civ., instanţa de judecată, primind cererea, va verifica existenţa consimţământului soţilor (obligaţie rezultând din art. 374 alin. 3 C. civ.), după care va fixa termen pentru soluţionarea cererii în camera de consiliu. În literatura juridică se face însă sublinierea că textul art. 613[1] C. pr. civ. se referă exclusiv la ipoteza în care soţii se învoiesc în privinţa tuturor aspectelor rezultate din desfacerea căsătoriei, dispoziţiile privitoare la judecata în camera de consiliu fiind aplicabile numai în această situaţie, astfel că, în lipsa unei menţiuni exprese privitoare la continuarea judecăţii, în lipsa acordului soţilor, în camera de consiliu, judecata va avea loc în şedinţă publică, potrivit regulii generale. În ceea ce priveşte judecata cererii de divorţ, formulate iniţial de un soţ, acceptată ulterior de celălalt soţ, în lipsa unei dispoziţii speciale derogatorii privind judecata unei asemenea cereri în camera de consiliu, devin incidente prevederile art. 121 C. pr. civ. în sensul că judecata se va desfăşura în şedinţă publică.

2. *În privinţa modalităţii de desfacere a căsătoriei prin acordul soţilor, pe cale judiciară,* în literatura juridică, prin raportare la prevederile art. 373 C. civ. (referitor la motivele de divorţ), se subliniază că divorţul prin acordul soţilor poate fi „consensual” (propriu-zis), când are loc la cererea formulată de ambii soţi, sau „consensual imperfect” când are loc la cererea unuia dintre soţi, acceptată de celălalt soţ.

Un astfel de divorţ (prin acordul părţilor pe cale judiciară) nu este condiţionat de o anumită durată de timp a căsătoriei şi nici nu este supus condiţiei lipsei copiilor minori rezultaţi din

căsătorie (art. 374 alin. 1 C. civ.). Deci, această modalitate de divorţ este condiţionată doar de „existenţa voinţei comune a soţilor” de a pune capăt relaţiei lor de căsătorie, liber exprimată şi neviciată” (art. 374 alin. 3 C. civ.).

Când cererea de divorţ este formulată de ambii soţi – pentru considerentul existenţei acordului lor – nu interesează motivele de divorţ, acestea netrebuind a fi indicate. De asemenea, când cererea se formulează de unul dintre soţi, celălalt acceptând desfacerea căsătoriei prin comun acord, motivele de divorţ, deşi sunt indicate în cuprinsul cererii de divorţ, rămân în stadiu de simple afirmaţii, temeinicia acestora nu va fi cercetată de instanţa de judecată. În această privinţă, se mai face sublinierea că, prin acord comun, consimţământului soţului pârât la desfacerea căsătoriei poate fi exprimat pe parcursul întregului proces de divorţ în faţa primei instanţe (până la momentul închiderii dezbaterii) sau chiar în calea de atac. În consecinţă, chiar şi atunci când divorţul a fost iniţiat din culpa soţilor, însă se finalizează ca „divorţ consensual”, întrucât cererea de divorţ iniţiată de unul dintre soţi este acceptată de celălalt soţ chemat în judecată în calitate de pârât, consimţământul soţului pârât la desfacerea căsătoriei prin acord comun, motivele de divorţ, invocate în cererea iniţială, rămân simple afirmaţii a căror temeinicie nu mai este examinată de instanţa de judecată. Se mai adaugă argumentul că prevederile art. 374 C. civ. privitoare la posibilitatea desfacerii căsătoriei la cererea unuia dintre soţi acceptată de celălalt soţ sunt incidente în toate situaţiile în care soţul chemat în judecată este de acord cu divorţul cerut de reclamant, nu numai atunci când divorţul se întemeiază pe separarea faptică a soţilor mai mult de 2 ani – art. 379 alin. 2 C. civ. sau pe prevederile art. 613^{1a} C.

pr. civ. (introdus prin Legea nr. 71/2001), conform cărora, atunci când cererea de divorţ este întemeiată pe culpa soţului pârât, iar acesta recunoaşte faptele care au dus la destrămarea vieţii conjugale, instanţa, dacă reclamantul este de acord, va pronunţa divorţul fără a cerceta temeinicia motivelor de divorţ şi fără a face menţiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei. Aşa încât, atâta timp cât art. 373 lit. a C. civ. se referă în „mod generic la divorţul prin acordul soţilor", fie la cererea ambilor soţi, fie la cererea unuia dintre aceştia acceptată de celălalt, cât timp art. 374 C. civ., care reglementează divorţul pe cale judiciară a soţilor, nu prevede expres în ce condiţii un soţ poate accepta cererea de divorţ formulată (înaintată) de celălalt soţ, cât timp divorţul la cererea unuia dintre soţi, după o separare de fapt care a durat cel puţin 2 ani, constituie o modalitate distinctă de disoluţie a căsătoriei, prevăzută la art. 373 lit. c C. civ., se consideră că în lipsa unei reglementări exprese, interpretul chemat să aplice legea nu poate face nicio distincţie. Ca atare, indiferent de temeiul invocat pentru desfacerea căsătoriei, ori de câte ori soţul pârât este de acord cu cererea de divorţ promovată de soţul reclamant, instanţa va putea desface căsătoria prin acordul soţilor în temeiul art. 373 lit. a C. civ., dacă sunt îndeplinite cerinţele de drept material, şi anume: capacitatea deplină de exerciţiu şi consimţământul personal, liber şi neviciat al soţilor.

Se pune în evidenţă, în mod special, prevederile art. 613^{1a} din Codul de procedură civilă, citat şi mai sus, introdus prin Legea nr. 71/2011, prin care se consideră că, de fapt, s-a instituit „o procedură simplificat de divorţ" (de comun acord), statuându-se că, atunci când cererea de divorţ este intentată de unul dintre soţi şi este

întemeiată pe culpa celuilalt soţ, iar acesta din urmă recunoaşte faptele care au dus la destrămarea vieţii conjugale, instanţa, dacă reclamantul este de cord, va pronunţa divorţul fără a mai cerceta temeinicia motivelor de divorţ şi fără a face menţiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei" (există, aşadar, o diferenţiere între divorţul de comun acord, când soţii au formulat împreună acţiunea de divorţ şi situaţia juridică specială, când numai unul dintre soţi introduce acţiunea de divorţ invocând culpa celuilalt soţ, iar acesta din urmă acceptă sau recunoaşte faptele care au dus la destrămarea vieţii conjugale. Autoarea care s-a preocupat de această situaţie particulară a avut grijă să menţioneze că instanţa de judecată este obligată să se asigure că reclamantul este de acord cu această procedură simplificată de divorţ care implică necercetarea temeiniciei motivelor de divorţ şi, deci, nemenţionarea culpei soţului pârât).

Pentru aplicabilitatea acestei proceduri simplificate este necesară „îndeplinirea cumulativă" a următoarelor condiţii: cererea de chemare în judecată să se întemeieze pe culpa pârâtului; pârâtul să recunoască faptele care au dus la destrămarea vieţii conjugale şi care i se impută prin acţiunea de divorţ (recunoaştere care, în opinia autoarei sus-citate, poate interveni pe tot parcursul judecării cererii de divorţ, până la momentul încheierii dezbaterilor); reclamantul să fie de acord cu divorţul fără administrarea de probe (sau, după caz, fără continuarea administrării de probe) şi fără indicarea culpei pârâtului în destrămarea căsătoriei în cuprinsul acţiunii de divorţ (aceasta presupune ca soţul să-şi exprime consimţământul personal, liber, în faţa instanţei de judecată, „acceptul său neputând fi dedus din tăcerea acestuia sau în lipsa opoziţiei sale").

În situaţia în care aceste condiţii sunt îndeplinite, instanţa va pronunţa o hotărâre de desfacere a căsătoriei, care este definitivă şi irevocabilă în ceea ce priveşte divorţul, fiind aplicabile prevederile art. 619 alin. 4 din Codul de procedură civilă. Iar, în cazul în care n-ar fi îndeplinită ultima condiţie (reclamantul să fie de acord cu divorţul fără probe şi fără indicarea culpei pârâtului) nu ne-am mai afla în prezenţa unei desfaceri a căsătoriei prin acordul soţilor, ci a desfacerii căsătoriei din culpă.

Odată cu desfacerea căsătoriei, instanţa va soluţiona şi „cererile accesorii divorţului” care privesc: *numele pe care îl va purta fiecare soţ după desfacerea căsătoriei; exercitarea autorităţii părinteşti; obligaţia de întreţinere în favoarea copiilor minori şi altele de acest gen.*

Instanţa de judecată poate lua act de învoiala soţilor în privinţa „cererilor accesorii”, se poate pronunţa asupra acestor cereri în cazul în care există o solicitare în acest sens din partea soţilor, ori chiar din oficiu, atunci când o asemenea solicitare nu a existat (dar nu există nicio îndoială a soţilor).

Când soţii nu se înţeleg cu privire la modul de soluţionare a cererilor accesorii, instanţa va continua judecata în privinţa acestora, cu administrarea probelor necesare, în şedinţă publică (întrucât dispoziţiile legale de excepţie privitoare la judecata în camera de consiliu sunt aplicabile întregii proceduri de divorţ numai atunci când soţii sunt de acord cu toate cererile formulate, deci inclusiv cu cele privind cererile accesorii, când instanţa nu mai administrează probe, ci doar ia act de învoiala soţilor. Când soţii nu se învoiesc cu privire la cererile accesorii, se impune continuarea judecăţii sub acest aspect, cu administrarea de probe, devenind aplicabile, aşadar, regulile

generale în materia desfăşurării judecăţii în şedinţă publică, prevăzute de art. 121 C. pr. civ.).

Cererile accesorii (cum sunt: numele pe care soţii îl vor purta după divorţ; exercitarea autorităţii părinteşti; obligaţia de întreţinere; atribuirea folosinţei locuinţei; partajul bunurilor comune; prestaţiile compensatorii; despăgubirile pentru prejudiciile suferite ca urmare a desfacerii căsătoriei) se soluţionează „ţinându-se seama de învoiala soţilor". Iar dacă este cazul, pentru soluţionarea cererilor respective nu se impune administrarea de probe. Desigur, însă, că instanţa trebuie să verifice învoiala pentru ca aceasta să nu fie contrară legii, ordinii publice sau bunelor moravuri – art. 1169 C. civ. De asemenea, învoiala privind exercitarea autorităţii părinteşti şi a întreţinerii copilului minor trebuie să concorde cu interesul superior al copilului. În ceea ce priveşte exercitarea autorităţii părinteşti se consideră că, pentru soluţionarea acestei probleme, este necesar şi obligatoriu ca la dosar să existe „referatul de anchetă psihosocială al autorităţii tutelare". În cazul în care soţii nu au depus la dosar acest referat, instanţa are obligaţia de a solicita autorităţii tutelare întocmirea anchetei, neputându-se pronunţa în lipsa acesteia (art. 613^{1} alin. 4 C. pr. civ., coroborat cu art. 264 alin. 1 C. civ. şi art. 396 C. civ.).

3. *Divorţul prin acordul soţilor pe cale administrativă sau prin procedură notarială.* Potrivit art. 375 din Codul civil „... (1) Dacă soţii sunt de acord cu divorţul şi nu au copii minori, născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi, ofiţerul de stare civilă de la locul căsătoriei sau al ultimei locuinţe comune a soţilor poate constata desfacerea căsătoriei prin acordul

părţilor, eliberând-le un certificat de divorţ, potrivit legii.

4. *Divorţul prin acordul soţilor poate fi constatat şi de notarul public* inclusiv în cazul în care există copii minori născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi, dacă soţii convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorţ, exercitarea autorităţii părinteşti de către ambii părinţi, stabilirea locuinţei copiilor după divorţ, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat şi fiecare dintre copii, precum şi la stabilirea contribuţiei părinţilor la cheltuielile de creştere, educare, învăţare şi pregătire profesională a copiilor. Dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soţilor privind exercitarea în comun a autorităţii părinteşti sau cel privind stabilirea locuinţei copiilor nu este în interesul copilului, sunt aplicabile prevederile art. 376 alin. 5 (potrivit acestui text «... Dacă soţii nu se înţeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorţ ori, în cazul prevăzut la art. 375 alin. 2, asupra exercitării în comun a drepturilor autorităţii părinteşti, ofiţerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziţie de respingere a cererii de divorţ şi îndrumă soţii să se adreseze instanţei de judecată, potrivit prevederilor art. 374»).

Dispoziţiile art. 374 alin. 2 sunt aplicabile în mod corespunzător (potrivit acestui text «Divorţul prin acordul soţilor nu poate fi admis dacă unul dintre soţi este pus sub interdicţie»)".

În ceea ce priveşte procedura care se desfăşoară în astfel de cazuri, în faţa ofiţerului de stare civilă sau a notarului public, potrivit art. 376 din Codul civil „... (1) Cererea de divorţ se depune de soţi împreună. Ofiţerul de stare civilă sau

notarul public înregistrează cererea şi le acordă un termen de reflecţie de 30 de zile.

(2) Prin excepţie de la prevederile alin. 1 cererea de divorţ se poate depune la notarul public şi prin mandatar cu procură autentică.

(3) La expirarea acestui termen, soţii se prezintă personal, iar ofiţerul de stare civilă sau, după caz, notarul public, verifică dacă soţii stăruie să divorţeze şi dacă, în acest sens, consimţământul lor este liber şi neviciat.

(4) Dacă soţii stăruie în divorţ, ofiţerul de stare civilă sau, după caz, notarul public, eliberează certificatul de divorţ fără să facă vreo menţiune cu privire la culpa soţilor.

(5) Dispoziţiile art. 383 alin. 1 şi 3 se aplică în mod corespunzător (potrivit art. 383 alin. 1 «La desfacerea căsătoriei prin divorţ soţii pot conveni să păstreze numele purtat în timpul căsătoriei. Instanţa ia act de această înţelegere prin hotărârea de divorţ». Iar potrivit art. 383 alin. 3 «Dacă nu a intervenit o înţelegere sau dacă instanţa nu a dat încuviinţarea, fiecare dintre soţi poartă numele dinaintea căsătoriei»). Dacă soţii nu se înţeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorţ ori, în cazul prevăzut de art. 372 alin. 2, asupra exercitării în comun a drepturilor părinteşti, ofiţerul de stare civilă sau, după caz, notarul public, emite o dispoziţie de respingere a cererii de divorţ şi îndrumă soţii să se adreseze instanţei de judecată, potrivit art. 374.

(6) Soluţionarea cererilor privind alte efecte ale divorţului asupra cărora soţii nu se înţeleg este de competenţa instanţelor judecătoreşti".

În ceea ce priveşte procedura divorţului prin acordul soţilor realizată în faţa ofiţerului de stare civilă sau, după caz, în faţa notarului public, mai trebuie avute în vedere, pe lângă dispoziţiile cuprinse în Codul civil, cele cuprinse în capitolul

IX din Metodologia cu privire la aplicarea unitară a dispoziţiilor în materie de stare civilă referitoare la constatarea desfacerii căsătoriei prin acordul soţilor de către ofiţerul de stare civilă, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 64/2011, publicată în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 151/2011, precum şi dispoziţiile cuprinse în secţiunea IV[1]a din cadrul capitolului IV din Regulamentul de punere în aplicare a Legii notarilor publici şi a activităţii notariale nr. 36/1995, adoptat prin Ordinul ministrului justiţiei nr. 710/C/1995, secţiune introdusă prin art. I pct. 6 din Ordinul ministrului justiţiei nr. 81/C/2011, publicat în „Monitorul oficial al României", partea I, nr. 59/2011.

În consecinţă, în cele ce urmează, vom face o prezentare a acestor dispoziţii legale din legislaţia conexă la noul Cod civil român.

În privinţa dispoziţiilor cuprinse în capitolul IX din Metodologia cu privire la aplicarea unitară a dispoziţiilor în materie de stare civilă, referitoare la constatarea desfacerii căsătoriei, prin acordul părţilor, de către ofiţerul de stare civilă, reţinem, selectiv, câteva din aceste texte:

Art. 164. „Ofiţerul de stare civilă constată desfacerea căsătoriei, prin divorţ, pe cale administrativă, dacă soţii sunt de acord cu divorţul şi nu au copii minori, născuţi din căsătorie sau adoptaţi" (observăm, aici, o neconcordanţă cu art. 375 din Codul civil, unde este adăugată şi categoria copiilor „născuţi din afara căsătoriei". Fiind însă vorba despre un text cuprins într-o metodologie de aplicare a legii, această lacună trebuie trecută cu vederea, fiind aplicabile prevederile art. 375 C. civ.).

Art. 165 alin. 1. „Înregistrarea cererilor de divorţ pe cale administrativă se face separat în

Registrul de intrare-ieşire a cererilor de divorţ" (distinct de înregistrarea altor categorii de cereri).

Art. 166. „...(1) Cererea de divorţ pe cale administrativă se face în scris, se depune şi se semnează personal de ambii soţi, în faţa ofiţerului de stare civilă delegat de la primăria care are în păstrare actul de căsătorie sau pe raza căruia se află ultima locuinţă comună a soţului potrivit modelului prevăzut în anexa 62.

(2) În cererea de divorţ fiecare dintre soţi declară pe propria răspundere că:

a) este de acord cu desfacerea căsătoriei;

b) nu are copii minori cu celălalt soţ, născuţi din căsătorie sau adoptaţi împreună cu acesta;

c) nu este pus sub interdicţie;

d) nu a mai solicitat altor autorităţi desfacerea căsătoriei (singura autoritate fiind, de altfel, instanţa de judecată, notarul public îndeplinind o funcţie publică dar nefiind o autoritate publică).

(3) În cererea de divorţ soţii declară, pe propria răspundere:

a) adresa ultimei locuinţe comune;

b) numele pe care fiecare sau, după caz, numai unul dintre aceştia urmează să îl poarte după desfacerea căsătoriei".

În legătură cu acest text trebuie făcută observaţia că ofiţerul de stare civilă nu procedează decât la o „constatare simplificată" a desfacerii căsătoriei. El se ocupă, printre altele, de situaţia în care soţii nu au copii minori născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi şi de cea în care soţii au stabilit numele pe care fiecare sau, după caz, numai unul dintre aceştia urmează să îl poarte după desfacerea căsătoriei. Notarul public poate, însă, constata şi el divorţul prin acordul soţilor, dar într-o formă mai amplă, adică şi în cazul când

există copii minori născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi, dacă soţii convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorţ, exercitarea autorităţii părinteşti de către ambii părinţi, stabilirea locuinţei copiilor după divorţ, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat şi fiecare dintre copii, precum şi stabilirea contribuţiei părinţilor la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătirea profesională a copiilor – art. 375 alin. 2 C. civ. Cu alte cuvinte, notarul public se substituie instanţei de judecată, însă numai cu condiţia ca soţii să fi căzut de acord asupra problemelor sus-menţionate, acestea nemaiavând un caracter litigios.

Art. 167 prevede următoarele: „... (1) La depunere cererii de divorţ, ofiţerul de stare civilă delegat solicită soţilor următoarele documente:

a) certificatele de naştere şi căsătorie ale soţilor, în original şi copie;

b) documentele cu care se face dovada identităţii, în original şi copie.

(2) Documentele prevăzute la alin. 1 trebuie însoţite de o declaraţie dată în faţa ofiţerului de stare civilă, în situaţia în care ultima locuinţă comună declarată potrivit art. 166 alin. 3 lit. a nu este aceeaşi cu domiciliul sau reşedinţa ambilor soţi înscrisă în actele de identitate.

(3) În cazul cetăţenilor străini, certificatele de naştere trebuie să îndeplinească cerinţele de legalitate prevăzute în convenţiile internaţionale şi tratatele încheiate între România şi statele ai căror cetăţeni sunt.

(4) În cazul persoanelor care nu cunosc limba română, depunerea cererii de divorţ se face în prezenţa unui traducător autorizat, iar în cazul persoanelor surdo-mute, a unui interpret,

încheindu-se în acest sens un proces-verbal, al cărui model este prezentat în anexa nr. 63.

(5) După confruntarea datelor din documentele prezentate conform alin. 1 şi, după caz, alin. 2 cu datele înscrise în cererea de divorţ, ofiţerul de stare civilă delegat certifică pentru conformitate copiile depuse, cu excepţia certificatului de căsătorie, în cazul în care se reţine originalul (textul se referă la o opţiune a ofiţerului de stare civilă, de a reţine sau nu certificatul de căsătorie, ceea ce poate da naşterea la practici neunitare în această privinţă).

(6) Valabilitatea documentelor cu care se face dovada identităţii solicitanţilor se verifică de către ofiţerul de stare civilă delegat atât la momentul depunerii cererii, cât şi la data eliberării certificatului de divorţ".

Potrivit art. 168 „Dovada identităţii se poate face de către soţi cu unul din următoarele documente:

a) pentru cetăţenii români – cartea de identitate, cartea de identitate provizorie, buletinul de identitate, sau în cazul cetăţenilor români cu domiciliul în străinătate – paşaportul, care se află în termenul de valabilitate atât la momentul depunerii cererii, cât şi la data eliberării certificatului de divorţ;

b) pentru cetăţenii Uniunii Europene sau ai Spaţiului Economic European – documentul de identitate sau paşaportul emis de statul aparţinător;

c) pentru apatrizi – paşaportul emis în baza Convenţiei privind statutul apatrizilor din 1954, însoţit şi permisul de şedere temporar sau permanent, după caz;

d) pentru cetăţenii străini din statele terţe – paşaportul emis de statul ai cărui cetăţeni sunt, în care să fie aplicată viza de intrare pe teritoriul României; viza trebuie să fie valabilă atât la data

depunerii, cât şi la data eliberării certificatului de divorţ;

e) pentru cetăţenii străini cărora li s-a acordat o formă de protecţie în România – documentul de călătorie emis în baza Convenţiei de la Geneva din 1951 sau, după caz, documentul de călătorie pentru străinii care au obţinut protecţie subsidiară – protecţie umanitară condiţionată;

f) pentru cetăţenii străini solicitanţi de azil în România – paşaportul emis de statul ai cărui cetăţeni sunt, însoţit de documentul temporar de identitate".

Conform art. 171 „... (1) La expirarea termenului de 30 de zile calendaristice, ofiţerul de stare civilă delegat verifică dacă soţii stăruie să divorţeze şi dacă, în acest sens, consimţământul lor este liber şi neviciat, solicitând soţilor o declaraţie (în acest sens), potrivit modelului stabilit în anexa nr. 64.

(2) În situaţia în care ambii soţi sau numai unul dintre aceştia înţeleg/înţelege să renunţe la divorţ, completează o declaraţie, potrivit modelului stabilit la anexa 65.

(3) dispoziţiile art. 167 alin. 3 se aplică în mod corespunzător" (este vorba de cetăţeni străini ale căror certificate de naştere trebuie să îndeplinească cererile de legalitate prevăzute în Convenţiile internaţionale şi tratatele încheiate între România şi statele ai căror cetăţeni sunt).

Textul sus-menţionat este *completat prin art. 172* conform căruia „... (1) Dacă soţii nu se prezintă împreună, după termenul prevăzut de art. 171 alin. 1 (30 de zile calendaristice calculate de la data depunerii cererii), dosarul de divorţ se clasează, prin întocmirea unui referat, potrivit modelului stabilit în anexa nr. 66.

(2) Dosarul de divorţ se clasează în aceleaşi condiţii prevăzute la alin. 1, în următoarele cazuri:

a) dacă ambii soţi sau numai unul dintre aceştia înţeleg/înţelege să renunţe la divorţ, potrivit art. 171 alin. 2 (prin completarea unei declaraţii, potrivit modelului stabilit la anexa 65);

b) dacă, înainte de finalizarea procedurii de divorţ, unul dintre soţi este pus sub interdicţie (a se vedea şi art. 374 alin. 2 din Codul civil, potrivit căruia «divorţul prin acordul soţilor nu poate fi admis dacă unul dintre soţi este pus sub interdicţie»);

c) dacă, înainte de finalizarea acţiunii de divorţ, intervine naşterea unui copil (potrivit art. 375 alin. 1 din Codul civil «divorţul prin acordul părţilor pe cale administrativă este admisibil dacă au copii minori născuţi din căsătorie sau adoptaţi, dar acest lucru este admisibil atunci când divorţul prin acordul soţilor are loc pe cale notarială – art. 375 alin. 2»);

d) dacă înainte de finalizarea procedurii de divorţ unul dintre soţi a decedat, căsătoria încetând prin deces".

În final, *potrivit art. 173* „... (1) Dacă sunt întrunite condiţiile prevăzute la art. 166 alin. 2 şi alin. 3 lit. b (nu sunt copii minori) şi la art. 171 alin. 1 (să fi expirat termenul calendaristic de 30 de zile), ofiţerul de stare civilă constată desfacerea căsătoriei şi eliberează certificatul de divorţ, potrivit modelului stabilit în anexa nr. 67, care va fi înmânat soţilor...".

În situaţia inversă, când se constată că nu sunt întrunite condiţiile pentru desfacerea căsătoriei prin acordul soţilor, *conform art. 178* „... ofiţerul de stare civilă întocmeşte un referat, potrivit modelului stabilit în anexa nr. 68, prin care

propune respingerea cererii de divorţ şi emiterea unei dispoziţii de respingere de către primar”.

În privinţa dispoziţiilor cuprinse la secţiunea IV[1] *a din cadrul Capitolului IV din Regulamentul de punere în aplicare a Legii notarilor publici, referitoare la divorţul prin acordul soţilor prin procedură notarială,* reţinem, selectiv, câteva din aceste texte.

Art. 87[1] *alin. 2* prevede că „La primirea cererii, notarul public are obligaţia de a verifica, în prealabil, competenţa teritorială. În cazul în care stabileşte că divorţul prin acordul soţilor este de competenţa altui birou notarial, îndrumă părţile să se adreseze notarului public competent. Dacă părţile insistă să înregistreze cererea, notarul public va proceda la înregistrarea cererii şi va pronunţa o încheiere de respingerea a acesteia” (potrivit art. 87[1] alin. 1 „Procedura divorţului prin acordul părţilor este de competenţa notarului public cu sediul biroului în circumscripţia judecătoriei în a cărei rază teritorială se află locul încheierii căsătoriei sau ultima locuinţă comună a soţilor”).

De subliniat faptul că potrivit art. 87[3] alin. 1 „În ziua primirii cererii, notarul public înregistrează cererea în registrul de divorţuri, după ce a verificat că este competent şi dacă a fost plătit onorariul”. Credem că mai potrivit ar fi trebuit să se prevadă că notarul este obligat să atragă atenţia soţilor că declararea procedurii notariale de divorţ implică achitarea, în prealabil, onorarului cuvenit notarului, indiferent dacă în final se ajunge sau nu la admiterea cererii de înregistrare (în cazul în care soţii au insistat la înregistrare) sau la admiterea ori respingerea cererii de divorţ în conformitate cu art. 87[4]. Fără o asemenea atenţionare, iniţială, din

partea notarului public, soţii ar putea să nu ştie că insistenţa lor de a se înregistra cererea de divorţ va avea această consecinţă patrimonială, ei dumirindu-se abia în momentul când se pronunţă încheierea de respingere.

O altă lipsă de claritate a Ordinului nr. 710/C/1995 (text actualizat, în vigoare la 27 iulie 2012) priveşte art. 87^{1} alin. 7 care prevede că reprezentarea soţilor în cadrul procedurii notariale a divorţului este interzisă, soţii trebuind să se prezinte personal în faţa notarului public pentru depunerea cererii de divorţ, precum şi ulterior. De asemenea, la art. 87^{2} alin. 1 se mai prevede că „cererea de divorţ se face în scris şi se semnează personal de către soţi în faţa notarului public competent...". Or, la art. 376 alin. 2 din Codul civil se prevede expres că prin excepţie de la regula sus-menţionată (prezentarea personală) „cererea de divorţ se poate depune la notarul public şi prin mandatar cu procură autentică".

În sfârşit, o a treia lacună a Ordinului nr. 710/C/1995 (actualizat până la 12 iulie 2012) constă în aceea că este ignorată posibilitatea pe care o au notarii publici, în temeiul art. 375 alin. 2 din Codul civil, de a constata divorţul soţilor şi în cazul când aceştia au copii minori, posibilitate pe care nu o are ofiţerul de stare civilă, întrucât, conform art. 375 alin. 1 din Codul civil, aceştia nu pot proceda la o asemenea constatare decât dacă soţii nu au copii minori (este adevărat, însă, că şi textul art. 375 din Codul civil este de o asemenea manieră încât se pretează la confuzii, deoarece, în timp ce la art. 1 se prevede, ca principiu general, că dacă soţii sunt de acord cu divorţul şi nu au copii minori, născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi „ofiţerul de stare civilă ori notarul public... poate constata desfacerea

căsătoriei... eliberându-le un certificat de divorţ...", pentru ca, imediat, la alin. 2 să se prevadă exact contrariul că divorţul prin acordul părţilor poate fi constatat de notarul public „şi în cazul în care există copii minori născuţi din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptaţi" dacă aceştia convin cu privire la toate cererile şi situaţiile accesorii ale cererii de divorţ). Lacuna constă în aceea că la art. 87^2 alin. 1 din Ordinul nr. 710/C/1995 actualizat, se prevede că cererea de divorţ, care se face în faţa notarului public, va cuprinde „declaraţia soţilor care nu au copii minori născuţi din căsătorie sau adoptaţi" (omiţându-se categoria „copiilor din afara căsătoriei", categorie care este, totuşi, menţionată la art. 375 alin. 1 şi 2 C. civ.). Or, această formulare este identic cuprinsă la art. 164 din Metodologia privitoare la aplicarea unitară a dispoziţiilor în materie de stare civilă (aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 64/2011), referitoare la constatarea desfacerii căsătoriei, prin acordul soţilor, de către ofiţerul de stare civilă.

În concluzie, şi cu alte cuvinte, există două astfel de proceduri de constatare a desfacerii căsătoriei prin acordul părţilor, una desfăşurându-se în faţa „ofiţerului de stare civilă" (cu conţinut mai restrictiv, adică fiind admisibilă doar când soţii nu ar avea copii minori), iar cealaltă desfăşurându-se în faţa notarului public (cu conţinut mai amplu, în sensul că notarul public poate constata desfacerea căsătoriei prin acordul soţilor, inclusiv în situaţia juridică când aceştia ar avea copii minori, dar numai în condiţia ca cererile şi situaţiile accesorii cererii de divorţ nu au un caracter litigios, ceea ce ar fi prea mult pentru un simplu funcţionar al administraţiei care este ofiţerul de stare civilă).

Aşadar, potrivit art. 375 alin. 2 din Codul civil „Divorţul prin acordul soţilor poate fi constatat de

către *notarul public* şi în cazul în care există copii minori născuţi din căsătorie, dinafara căsătoriei sau adoptaţi, dacă soţii convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorţ, exercitarea autorităţii părinteşti de către ambii părinţi, stabilirea locuinţei copiilor după divorţ, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat şi fiecare dintre copii, precum şi stabilirea contribuţiei părinţilor la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătire profesională a copiilor...". Dar, art. 375 alin. 2 din Codul civil cuprinde şi alte prevederi (la fraza a doua) potrivit cărora „ Dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soţilor privind exercitarea în comun a autorităţii părinteşti sau cel privind stabilirea locuinţei copiilor nu este în interesul copilului, sunt aplicabile prevederile art. 376 alin. 5 C. civ.". Examinând, însă, cu atenţie prevederile art. 376 alin. 5, constatăm că acest text se referă şi la alte aspecte decât cele cuprinse la art. 375 alin. 2 fraza a doua din Codul civil (adică doar acordul soţilor privind exercitarea în comun a autorităţii părinteşti sau cel privind stabilirea locuinţei copilului, care nu ar fi în interesul copilului). Potrivit art. 376 alin. 5 din Codul civil „Dispoziţiile art. 383 alin. 1 şi 3 se aplică în mod corespunzător. Dacă soţii nu se înţeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorţ, în cazul prevăzut de art. 375 alin. 2, asupra exercitării în comun a drepturilor părinteşti, ofiţerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziţie de respingere a cererii de divorţ şi îndrumă soţii să se adreseze instanţei de judecată, potrivit art. 374" (text care se referă la divorţul prin acordul soţilor pe cale judiciară). Deci, se trece în sfera divorţului prin acordul părţilor pe cale judiciară, ieşindu-se din sfera

divorţului prin acordul părţilor, pe cale administrativă sau notarială.

Trimiterea care se face prin art. 375 alin. 2 fraza a doua, la art. 383 alin. 1 şi 3 (pentru situaţia în care ar exista o neconcordanţă între raportul de anchetă socială şi acordul soţilor privind exercitarea în comun a autorităţii părinteşti sau stabilirea locuinţei copiilor), fără nici un fel de nuanţare, poate constitui o sursă de confuzii deoarece, pe de o parte, la art. 383 alin. 1 şi 3 se prevede că aceste texte „se aplică în mod corespunzător" iar, pe de altă parte, este vorba de două situaţii juridice: dacă soţii nu se înţeleg asupra „numelui de familie" şi „exercitarea în comun a drepturilor părinteşti", în timp ce la art. 375 alin. 2 fraza a doua este vorba de neconcordanţa între ancheta socială şi acordul soţilor privind „exercitarea în comun a autorităţii părinteşti" şi „stabilirea locuinţei copiilor", neexistând aşadar, o suprapunere exactă între situaţiile prevăzute la art. 375 alin. 2 fraza a doua şi art. 383 alin. 1 şi 3 din Codul civil.

O redactare mai corespunzătoare a art. 375 alin. 2 ar fi trebuit să stabilească în mod clar şi mai simplu regula că notarul public poate constata divorţul prin acordul părţilor, chiar şi în situaţia în care aceştia au copii minori şi convin asupra tuturor aspectelor legate de cererile şi situaţiile juridice accesorii cererii de divorţ, înţelegere care trebuie să fie în concordanţă cu raportul de anchetă socială, concordanţă în lipsa căreia notarul public nu va putea proceda la constatarea desfacerii căsătoriei prin acordul soţilor, întrucât o atare situaţie juridică ar duce la trecerea în sfera caracterului litigios al înţelegerilor care sunt de competenţa instanţei de judecată.

În ceea ce priveşte procedura propriu-zisă după care se desfăşoară activitatea notarului public, referitoare la constatarea divorţului prin

acordul soţilor, reţinem următoarele texte din Regulamentul aprobat prin Ordinul ministrului justiţiei nr. 710/C/1995 (actualizat până în iulie 2012):

Art. 87[1] prevede că „…(1) Procedura divorţului prin acordul soţilor este de competenţa notarului public cu sediul biroului în circumscripţia judecătoriei în a cărei rază teritorială se află locul încheierii căsătoriei sau ultima locuinţă comună a soţilor. Pentru municipiul Bucureşti, dispoziţiile se aplică în mod corespunzător, conform art. 114 din lege.

(2) La primirea cererii, notarul public are obligaţia de a verifica, în prealabil, competenţa teritorială. În cazul în care stabileşte că divorţul prin acordul soţilor este de competenţa altui birou notarial, îndrumă părţile să se adreseze notarului public competent. Dacă părţile insistă să înregistreze cererea, notarul public va proceda la înregistrarea cererii şi va pronunţa o încheiere de respingere a acesteia (credem că în astfel de cazuri, notarul trebuie să atragă atenţia soţilor cu privire la consecinţele pecuniare ale insistenţei lor rezultând din plata onorariului cuvenit notarului).

(3) În cazul în care competente sunt mai multe birouri notariale, competenţa de îndeplinire a procedurii divorţului prin acordul părţilor aparţine primului birou sesizat.

(4) Cererea de divorţ va primi şi un număr de înregistrare unic la nivel naţional, în Registrul naţional de evidenţă a cererilor de divorţ.

(5) Înainte de verificarea competenţei teritoriale, notarul public va verifica dacă, privitor la desfacerea căsătoriei, există elemente de extraneitate şi va proceda în conformitate cu dispoziţiile legale care reglementează desfacerea

căsătoriei în cazul în care există raporturi juridice cu elemente de extraneitate.

(6) Prin ultima locuinţă comună se înţelege locuinţa în care au convieţuit soţii. Dovada ultimei locuinţe comune se face, după caz, cu actele de identitate ale soţilor, din care rezultă domiciliul comun sau reşedinţa comună a acestora, sau, dacă nu se poate face dovada în acest fel, prin declaraţie pe propria răspundere, autentică, a fiecăruia dintre soţi, din care să rezulte care a fost ultima locuinţă comună a acestora. Declaraţia se va consemna în cererea de divorţ şi în încheierea de admitere a cererii de divorţ.

(7) Reprezentarea soţilor în cadrul procedurii notariale a divorţului este interzisă. Soţii se vor prezenta personal în faţa notarului public pentru depunerea cererii de divorţ, precum şi ulterior, în cadrul procedurii, pentru stăruinţa în cererea de divorţ şi exprimarea consimţământului liber şi neviciat de desfacere a căsătoriei." (atragem atenţia că, potrivit art. 376 alin. 2 din Codul civil, „Prin excepţie… cererea de divorţ se poate depune la notarul public şi prin mandatar cu procură autentică).

La *art. 87*[2] din Regulament se prevăd următoarele: „…(1) Cererea de divorţ se face în scris şi *se semnează personal de către soţi în faţa notarului public competent* la care se depune cererea. Cererea de divorţ va cuprinde declaraţia soţilor că nu au copii minori născuţi din căsătorie sau adoptaţi, precum şi învoiala acestora asupra numelui de familie pe care îl va purta fiecare dintre ei după divorţ. (acest alineat nu are în vedere şi chiar este contrar prevederilor art. 376 din Codul civil în care se prevede că „cererea de divorţ se poate depune la notarul public şi prin mandatar cu procură autentică". De asemenea, este contrar şi prevederilor art. 375 alin. 2 din Codul

civil din care rezultă că notarul public poate constata divorţul soţilor prin acordul lor, chiar şi în cazul în care există copii minori „dacă soţii convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorţ, exercitarea autorităţii părinteşti de către ambii părinţi, stabilirea locuinţei copiilor după divorţ, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat şi fiecare dintre copii, precum şi stabilirea contribuţiei părinţilor la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătire profesională a copiilor")

(2) Pentru orice declaraţie necesară în cadrul procedurii de divorţ, dată în faţa notarului public care instrumentează cererea de divorţ, nu se percepe onorariu.

(3) Cererea de divorţ va fi însoţită de fotocopii ale certificatelor de naştere ale soţilor, precum şi ale actelor de identitate ale acestora. Odată cu depunerea cererii de divorţ, soţii vor prezenta notarului public certificatul de căsătorie emis de autorităţile române în original şi copie legalizată, copia legalizată urmând a fi anexată la cererea de divorţ.

(4) Originalul certificatului de căsătorie se reţine de către notarul public până la eliberarea certificatului de divorţ.

(5) La primirea cererii de divorţ, notarul public verifică identitatea soţilor şi dacă datele înscrise în cererea de divorţ corespund cu datele înscrise în actele ataşate cererii."

În continuare, *la art. 87*[3] sunt prevăzute următoarele: „…(1) În ziua primirii cererii, notarul public înregistrează cererea în registrul de divorţuri, după ce a verificat dacă este competent şi dacă a fost plătit onorariul.

(2) După înregistrarea cererii, pentru a putea continua procedura de divorţ, notarul public verifică în Registrul naţional de evidenţă a cererilor de divorţ să nu mai fie înregistrată de către soţi o altă cerere de divorţ.

(3) Notarul public, după ce efectuează operaţiunile de la alineatele precedente, acordă soţilor un termen de 30 de zile pentru eventuala retragere a cererii de divorţ şi îi informează despre aceasta la momentul înregistrării cererii.

(4) La expirarea termenului prevăzut la alin. (3), notarul public va verifica dacă soţii stăruie în cererea de divorţ şi dacă, în acest sens, consimţământul lor este liber şi neviciat.

(5) Stăruinţa, respectiv, lipsa de stăruinţă a fiecăruia dintre soţi se constată în încheierea de admitere, respectiv de respingere a cererii de divorţ."

Potrivit art. 87[5] alin. 2 din Regulament „Notarul public, în baza încheierii de admitere a cererii de divorţ, eliberează certificatul de divorţ… în care constată desfăcută căsătoria dintre soţi prin acordul părţilor. Certificatul de divorţ se întocmeşte în 6 exemplare originale, dintre care: un exemplar pentru fiecare dintre soţi, un exemplar pentru dosarul de divorţ, un exemplar pentru mapa de divorţuri de la sediul biroului notarial, un exemplar pentru registrul stării civile de la locul în care s-a încheiat căsătoria sau unde s-a transcris certificatul de căsătorie eliberat într-un alt stat şi un exemplar pentru registrul stării civile deţinut de direcţia judeţeană de evidenţă a persoanelor."

Conform art. 87[8] „Notarul public emite o încheiere de respingere a cererii de divorţ în unul dintre următoarele cazuri, precum şi în alte situaţii în care nu sunt îndeplinite, cumulativ, condiţiile legale pentru desfacerea căsătoriei prin acordul

părţilor: a) nu are competenţa legală să soluţioneze cererea de divorţ; b) unul dintre soţi este pus sub interdicţie; c) unul dintre soţi nu îşi poate exprima consimţământul liber şi neviciat; d) la depunerea cererii de divorţ nu sunt prezenţi ambii soţi, iar soţul prezent insistă să fie înregistrată cererea; e) unul dintre soţi refuză să semneze cererea personal, în faţa notarului public; f) soţii refuză să dea declaraţiile prevăzute de prezentul regulament; g) soţii nu se înţeleg cu privire la numele de familie care urmează a fi purtat după divorţ de către fiecare dintre ei; h) soţii nu prezintă, la depunerea cererii de divorţ, actul de căsătorie în original; i) soţii au copii minori, născuţi din căsătorie sau adoptaţi; j) unul dintre soţi se prezintă în faţa notarului public la termenul de 30 de zile şi declară că nu mai stăruie în cererea de divorţ; k) unul dintre soţi nu mai stăruie în cererea de divorţ întrucât nu s-a prezentat în faţa notarului public la expirarea termenului de 30 de zile acordat pentru a declara că stăruie în cererea de divorţ; l) cererea a rămas fără obiect întrucât căsătoria dintre soţi a fost desfăcută de către o altă autoritate competentă; m) soţii se împacă; n) soţii îşi retrag cererea de divorţ; o) înainte de finalizarea procedurii de divorţ unul dintre soţi a decedat, căsătoria încetând în acest mod.”

B. *Divorţul din culpă.* Potrivit art. 379 din Codul civil „…(1) În cazul prevăzut la art. 373 lit. b) (când din cauza unor motive temeinice raporturile dintre soţi sunt grav vătămate şi continuarea căsătoriei nu mai este posibilă), divorţul se poate pronunţa dacă instanţa stabileşte culpa unuia dintre soţi în destrămarea căsătoriei. Cu toate acestea, dacă din probele administrate rezultă culpa ambilor soţi, instanţa poate pronunţa divorţul din culpa lor comună, chiar dacă numai unul dintre ei a făcut cerere de divorţ. Dacă culpa

aparţine în totalitate reclamantului, sunt aplicabile prevederile art. 388 (potrivit acestui text, care se referă la acordarea despăgubirilor, soţul nevinovat, care suferă prejudicii prin desfacerea căsătoriei, poate cere soţului vinovat să îl despăgubească. Instanţa tutelară soluţionează cererea prin hotărârea de divorţ").

(2) În ipoteza prevăzută de art. 373 lit. c) (care se referă la cererea unuia dintre soţi, după o separare în fapt care a durat cel puţin 2 ani), divorţul se pronunţă din culpa exclusivă a soţului reclamant, cu excepţia situaţiei în care pârâtul se declară de acord cu divorţul, când acesta se pronunţă fără a se face menţiune despre culpa soţilor."

Din textul sus-menţionat rezultă că în modalitatea de divorţ din culpă se încadrează două motive de divorţ: a) ipoteza prevăzută la art. 373 lit. b din Codul civil, adică atunci când din cauza unor motive temeinice raporturile dintre soţi sunt grav vătămate şi continuarea căsătoriei nu mai este posibilă, şi b) ipoteza când unul dintre soţi cere pronunţarea divorţului, după o separare de fapt care a durat cel puţin 2 ani.

a) *Cererea de divorţ pentru motive temeinice care fac imposibilă continuarea căsătoriei.* Pentru a se pronunţa divorţul din culpă atunci când se relevă „vătămarea relaţiilor dintre soţi" este necesar să se facă dovada că: există unele motive temeinice care să justifice destrămarea relaţiilor conjugale; existenţa acestor motive să facă a fi grav vătămate relaţiile dintre soţi; datorită acestor motive continuarea căsătoriei să nu mai fie posibilă.

Trebuie subliniat faptul că textul art. 373 lit. b din Codul civil (la care face trimitere art. 379 alin. 1 din Codul civil) se referă la existenţa unor motive temeinice care să vatăme grav raporturile

dintre soţi de aşa manieră încât căsătoria să nu mai fie posibilă. Dar, asupra temeiniciei motivelor concrete invocate în susţinerea unei cereri de divorţ, precum şi asupra probelor care trebuie administrate în cauză, singura competentă să aprecieze şi să decidă în consecinţă este instanţa de judecată, pe baza motivelor invocate de părţi şi a datelor specifice fiecărui litigiu. Acest text de lege a fost considerat ca nefiind clar (imprecis), aşa încât s-a pus problema constituţionalităţii sale, dat fiind faptul că, potrivit art. 48 alin. 2 din Constituţie, „condiţiile de încheiere, de desfacere şi de nulitate a căsătoriei se stabilesc prin lege". În jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului (cauza Reckvenyi contra Ungariei, 1999) s-a statuat, în această privinţă, că previzibilitatea consecinţelor care decurg dintr-un act normativ determinat „nu poate avea o certitudine absolută, întrucât, oricât de dorită ar fi aceasta, ea ar da naştere la o rigiditate excesivă a reglementării.

b) *Cerere de divorţ, formulată de unul dintre soţi, după o sperare de fapt care a durat cel puţin 2 ani.* Pentru a se pronunţa divorţul din culpă „datorită separaţiei în fapt a soţilor", trebuie respectate anumite condiţii: soţii să nu mai locuiască împreună; durata separaţiei în fapt să fie de minim 2 ani; să existe voinţa soţilor de a pune capăt căsătoriei (nefiind suficientă doar „separaţia materială", aceasta trebuind a fi dublată de „elementul psihologic", adică voinţa soţilor de a renunţa la căsătorie. Nu orice separare din punct de vedere material putând duce la concluzia intervenirii unei rupturi conjugale, putând fi situaţii obiective în care soţii nu pot locui împreună: prestarea unei munci în altă localitate, executarea unei pedepse privative de libertate, spitalizarea într-un sanatoriu pentru refacerea sănătăţii, efectuarea unui stagiu de perfecţionare profesională în străinătate etc.). De asemenea, în

literatura juridică, se consideră că în cazul în care, după o separaţie în fapt, soţii se împacă şi reiau viaţa de familie, această împăcare are un efect întreruptiv, în ipoteza unei alte separaţii în fapt începând să curgă un nou termen de 2 ani, durata separaţiei anterioare nemaifiind luată în considerare. Acest punct de vedere ni se pare discutabil mai ales în cazul în care împăcarea soţilor a intervenit spre finalul termenului de 2 ani, iar după scurtă vreme de la împăcare soţii s-au separat din nou, fără a mai vorbi de situaţia în care unul dintre soţi ar fi de rea credinţă şi s-ar folosi de acest prilej pentru a prelungi artificial căsătoria, în interes propriu, cu încă 2 ani, această situaţie constituind ea însăşi un motiv de divorţ din culpa soţului respectiv.

Asupra temeiniciei motivelor concrete invocate în susţinerea unei cereri de divorţ, inclusiv în cazul divorţului cerut după trecerea a 2 ani de la separarea în fapt, singură instanţa de judecată este competentă să aprecieze şi să decidă în consecinţă dacă în fiecare caz motivele invocate de soţi au fost de natură să vatăme grav continuarea căsătoriei, continuarea acesteia nemaifiind posibilă. De altfel, instanţa de judecată nu este obligată să se pronunţe, exclusiv, având în vedere doar motivul separării în fapt care, potrivit legii, trebuie să fi durat cel puţin 2 ani, chiar dacă tocmai acest motiv a fost invocat de soţul care a făcut cererea de divorţ, întrucât nimeni nu poate fi constrâns să rămână căsătorit, pe indiferent ce motiv, inclusiv neîndeplinirea termenului de 2 ani, atunci când nu mai doreşte să continue căsătoria. Aşa încât, în astfel de cazuri, instanţa de judecată va pronunţa totuşi divorţul însă din culpa soţului care a formulat cererea, prezumându-se că cel ce a cerut divorţul îşi asumă, implicit, şi responsabilitatea pentru eşecul căsătoriei.

C. *Divorţul din cauza stării de sănătate a unui soţ.* Potrivit art. 381 din Codul civil „În cazul prevăzut la art. 373 lit. d (referitor la divorţul cerut de unul dintre soţi a cărui stare de sănătate dace imposibilă continuarea căsătoriei) desfacerea căsătoriei se pronunţă *fără a se face menţiuni despre culpa soţilor”.*

Admisibilitatea cererii de divorţ, pe temeiul stării de sănătate a unui soţ este condiţionată de îndeplinirea cumulativă a următoarelor cerinţe: existenţa unei stări precare de sănătate a unuia dintre soţi; această stare precară a sănătăţii să împiedice o continuare a căsătoriei; să existe o legătură de cauzalitate între precaritatea stării de sănătate şi imposibilitatea continuării căsătoriei; cererea de divorţ să fie formulată de soţul a cărui stare de sănătate face imposibilă căsătoria.

În literatura juridică se exprimă părerea că, dacă soţul care solicită desfacerea căsătoriei suferă de o boală care nu face imposibilă desfăşurarea vieţii de familie „cererea de divorţ urmează a fi respinsă, părţile având posibilitatea să solicite divorţul pe alt temei”.

În ceea ce ne priveşte, apreciam că textul art. 381 din Codul civil este redactat de o manieră restrictivă, incompatibilă cu principiul general care guvernează instituţia căsătoriei şi anume, „consimţământul liber exprimat de fiecare dintre soţi” (art. 271 C. civ.). Acest principiu stă şi la baza desfacerii căsătoriei care se poate realiza fie prin acordul soţilor, fie din culpa unuia sau ambilor soţi, fie din cauza survenirii unei boli a unuia dintre soţi care ar face imposibilă continuarea căsătoriei. Căsătoria nu se încadrează în sfera largă a raporturilor obligaţionale contractuale, ea întemeindu-se pe prietenie, afecţiunea şi solidaritatea dintre soţi, sentimente care odată dispărute, dispare şi acest fundament afectiv-sentimental reciproc, ceea ce considerăm

că este principalul motiv al desfacerii căsătoriei, stabilirea culpabilităţii reprezentând doar o latură complementară a procesului de divorţ (având un caracter procesual şi nu unul de fond). Acesta este şi adevăratul motiv pentru care legiuitorul a instituit şi posibilitatea desfacerii căsătoriei „prin acordul soţilor”. Deci, căsătoria nu mai poate fi menţinută în mod artificial, aşa cum se întâmpla în trecut, dacă unul sau ambii soţi nu mai doresc să continue căsătoria, din cele mai variate motive pe care instanţa de judecată nu este autorizată să le cenzureze. În caz contrar, soţii vor găsi ei înşişi calea de a face să înceteze, de fapt nu de drept, o căsătorie nedorită, dovadă în acest sens fiind separările în fapt care durează cu anii, ei intrând în alte relaţii de tip conjugal, în afara celei stabilite şi reglementate prin lege, din care pot rezulta şi copii dar şi multe alte situaţii încâlcite de natură patrimonială care se pot manifesta chiar prin crime pasionale, ceea ce, evident, nu este de dorit.

Instanţa de judecată trebuie, în viziunea noii reglementări din Codul civil, să se preocupe, în principal, de voinţa soţilor de a continua căsătoria, de stabilirea procesuală a culpei soţilor şi mai puţin de motivele invocate în cererile de divorţ, voinţa reciprocă sau singulară a unuia dintre soţi, de a nu mai continua căsătoria nu este cenzurabilă de către instanţa de judecată care are doar rolul de a gestiona, din punct de vedere procesual, situaţii de fapt sau juridice care, în concepţia soţilor, nu a legiuitorului, nici a judecătorului, fac imposibilă continuarea căsătoriei.

În această viziune largă trebuie făcută şi aprecierea cu privire la prevederile art. 381 din Codul civil prin care este restricţionat dreptul de a cere desfacerea căsătoriei pentru starea de sănătate, doar la soţul bolnav. Or, nu se vede motivul pentru care şi celălalt soţ să nu poată invoca acest motiv pe care, el singur, îl consideră

incompatibil cu continuarea căsătoriei, instanţa de judecată neavând nici rolul şi nici competenţa de a analiza şi cenzura o asemenea solicitare.

Regulile procedurale aplicabile în cazul divorţului din culpă. Potrivit art. 914 din Codul de procedură civilă „… (1) Cererea de divorţ este de competenţa judecătoriei în circumscripţia căreia se află cea din urmă locuinţă comună a soţilor. Dacă soţii nu au avut locuinţă comună sau dacă niciunul dintre soţi nu mai locuieşte în circumscripţia judecătoriei în care se află cea din urmă locuinţă comună, judecătoria competentă este aceea în circumscripţia căreia îşi are locuinţa pârâtul, iar când pârâtul nu are locuinţa în ţară şi instanţele române sunt competente internaţional, este competentă judecătoria în circumscripţia căreia îşi are locuinţa reclamantul.

(2) Dacă nici reclamantul şi nici pârâtul nu au locuinţa în ţară, părţile pot conveni să introducă cererea de divorţ la orice judecătorie din România. În lipsa unui asemenea acord, cererea de divorţ este de competenţa Judecătoriei Sectorului 5 al municipiului Bucureşti.”

Conform art. 915 C. pr. civ. „… (1) Cererea de divorţ va cuprinde, pe lângă cele prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, numele copiilor minori ai celor 2 soţi ori adoptaţi de aceştia (a se vedea în acest sens prevederile art. 194 C. pr. civ.).

(2) Dacă nu sunt copii minori, se va menţiona în cerere această împrejurare.

(3) La cerere se vor alătura o copie a certificatului de căsătorie şi, după caz, câte o copie a certificatelor de naştere ale copiilor minori.

(4) La cerere se poate alătura, după caz, înţelegerea soţilor rezultată din mediere cu privire

la desfacerea căsătoriei şi, după caz, la rezolvarea aspectelor accesorii divorţului."

Potrivit art. 916 C. pr. civ. „… (1) Soţul pârât poate să facă şi el cerere de divorţ, cel mai târziu până la primul termen de judecată la care a fost citat în mod legal (în legătură cu citarea părţilor a se vedea prevederile art. 153–165 C. pr. civ. şi art. 922 C. pr. civ.), pentru faptele petrecute înainte de această dată. Pentru faptele petrecute după această dată pârâtul va putea face cerere până la începerea dezbaterilor asupra fondului în cererea reclamantului.

(2) Cererea pârâtului se va face la aceeaşi instanţă şi se va judeca împreună cu cererea reclamantului.

(3) În cazul în care motivele divorţului s-au ivit după începerea dezbaterilor asupra fondului la prima instanţă şi în timp ce judecata primei cereri se află în apel, cererea pârâtului va putea fi făcută direct la instanţa învestită cu judecarea apelului.

(4) Neintroducerea cererii în termenele arătate la alin. (1) şi (3) atrage decăderea soţului pârât din dreptul de a cere divorţul pentru acele motive. Dacă cererea reclamantului a fost respinsă, soţul pârât poate cere divorţul pentru motive ivite ulterior."

De fapt, în situaţiile la care se referă art. 916 C. pr. civ. avem de-a face cu o „cerere reconvenţională" care are însă un regim juridic diferit de reglementarea generală de la art. 209–210 C. pr. civ. referitoare la cererea reconvenţională.

Acest tip de cerere reconvenţională, specific procedurii speciale a divorţului, poate fi depusă la trei momente procesuale diferite şi anume: *până la primul termen de judecată* – pentru faptele petrecute anterior acestei date; *până la începerea dezbaterilor asupra fondului* – pentru faptele

petrecute după primul termen de judecată; *direct în faţa instanţei de apel* – pentru faptele petrecute după începerea dezbaterilor asupra fondului şi până la judecarea apelului. Lipsa formulării unei cereri reconvenţionale în cele trei termene sus-menţionate atrage sancţiunea decăderii din dreptul soţului pârât de a mai formula cererea reconvenţională pentru acele motive, dar dacă cererea reclamantului a fost respinsă, soţul pârât va putea cere divorţul pentru motive ivite ulterior (nu şi pentru motive care au avut loc în cele trei perioade menţionate mai înainte).

În ceea ce priveşte „calitatea procesuală activă" a soţilor, la art. 917 C. pr. civ. sunt prevăzute următoarele: „… (1) Desfacerea căsătoriei prin divorţ poate fi cerută numai de soţi.

(2) Cu toate acestea, soţul pus sub interdicţie judecătorească poate cere divorţul prin reprezentant legal sau personal în cazul în care face dovada că are capacitatea de discernământ neafectată."

În literatura juridică s-a făcut sublinierea că în ceea ce priveşte „calitatea procesuală activă într-o acţiune de divorţ", aceasta este una „calificată", cererea de chemare în judecată, respectiv, cererea reconvenţională, în această materie, putând fi formulate numai de către soţi. În această situaţie, legea stabileşte în mod expres condiţiile în care este respectată cerinţa instituită de art. 32 alin. b C. pr. civ. şi anume, „existenţa calităţii procesuale".

O excepţie *aparentă* de la regula instituită prin art. 32 alin. 1 lit. b C. pr. civ. (referitor la calitatea procesuală) este cea în care soţul care formulează cererea de divorţ este o „persoană pusă sub interdicţie judecătorească", în această situaţie cererea fiind formulată prin intermediul tutorelui sau curatorului, aceştia exercitându-şi drepturile în conformitate cu prevederile art. 164 şi următoarele

din Codul civil. Dar, totuşi, interzisului judecătoresc îi este permis să formuleze personal acţiunea în cazul în care face dovada că, la acel moment, avea discernământul neafectat. Deci,în acest caz, avem de-a face, practic, cu o derogare de la regulile instituite de art. 164 şi următoarele din Codul civil, existenţa discernământului urmând a fi probată cu orice mijloace de probă, fiind o situaţie de fapt.

Referitor la „prezenţa personală a soţilor în faţa instanţelor de fond", prin art. 920 C. pr. civ. se prevăd următoarele: „…(1) În faţa instanţelor de fond, părţile (soţii) se vor înfăţişa în persoană, afară numai dacă unul dintre soţi execută o pedeapsă privativă de libertate, este împiedicat de o boală gravă, este pus sub interdicţie judecătorească, are reşedinţa în străinătate sau se află într-o altă asemenea situaţie, care îl împiedică să se prezinte personal; în astfel de cazuri, cel în cauză se va putea înfăţişa prin avocat, mandatar sau, după caz, prin tutore ori curator.

(2) Instanţa va încerca la fiecare înfăţişare împăcarea soţilor.

(3) În toate cazurile, instanţa este obligată să îl asculte pe copilul minor, potrivit prevederilor Codului civil" (adică conform art. 264 din Codul civil).

Aşa cum se subliniază în literatura juridică, obligaţia instituită prin art. 920 C. pr. civ. (obligaţia soţilor de a se prezenta personal în faţa instanţelor de fond) este o „excepţie de la regula generală instituită prin art. 80 C. pr. civ., potrivit căreia părţile îşi pot exercita drepturile procesuale personal sau prin reprezentant". Se atrage, mai ales, atenţia, că potrivit art. 927 alin. 1 C. pr. civ. reclamantul trebuie să se prezinte personal şi în apel, altfel cererea va fi respinsă ca nesusţinută. De asemenea, se face şi observaţia că „situaţiile de

excepţie când se permite neprezentarea în instanţă a părţilor (executarea unei pedepse privative de libertate, punerea sub interdicţie etc.) sunt menţionate doar exemplificativ, în textul respectiv folosindu-se şi expresia „alte asemenea situaţii”.

Cererile accesorii şi incidentale. La art. 918 C. pr. civ. sunt prevăzute următoarele: „…(1) La cerere, instanţa de divorţ se pronunţă şi cu privire la: a) exercitarea autorităţii părinteşti, contribuţia părinţilor la cheltuielile de creştere şi educare a copiilor, locuinţa copilului şi dreptul părintelui de a avea legături personale cu acesta; b) numele soţilor după divorţ; c) locuinţa familiei; d) despăgubirea pretinsă pentru prejudiciile materiale sau morale suferite ca urmare a desfacerii căsătoriei; e) obligaţia de întreţinere sau prestaţia compensatorie între foştii soţi; f) încetarea regimului matrimonial şi, după caz, lichidarea comunităţii de bunuri şi partajul acestora.

(2) Când soţii au copii minori, născuţi înaintea sau în timpul căsătoriei ori adoptaţi, instanţa se va pronunţa asupra exercitării autorităţii părinteşti, precum şi asupra contribuţiei părinţilor la cheltuielile de creştere şi educare a copiilor, chiar dacă acest lucru nu a fost solicitat prin cererea de divorţ.

(3) De asemenea, instanţa se va pronunţa din oficiu şi asupra numelui pe care îl vor purta soţii după divorţ, potrivit prevederilor Codului civil” (adică art. 383 din Codul civil).

Textul sus-menţionat este defectuos şi susceptibil de confuzii deoarece, după ce la alineatul 1 se enunţă, ca regulă generală, că instanţa, *la cerere,* se pronunţă şi cu privire la… (urmând enunţarea unor diferite aspecte, sub literele a–f), se referă la alte două categorii de astfel de aspecte: cele asupra cărora instanţa este obligată să se pronunţe, indiferent dacă părţile au

solicitat acest lucru (cum sunt cele care figurează la lit. a şi b) şi cele asupra cărora instanţa de divorţ se poate pronunţa numai dacă părţile au cerut acest lucru. Această incertitudine este şi mai mult accentuată prin enunţarea, la alineatele 2 şi 3, a unora dintre aspectele menţionate la alineatul 1, literele a–f (şi anume, cele de la literele a şi b), în legătură cu care instanţa este obligată să se pronunţe din oficiu, chiar dacă aceste lucruri nu au fost solicitate prin cererea de divorţ. Este evident că în cazul celor două excepţii formulate la alin. 2 şi 3 din art. 918 din C. pr. civ. avem de-a face cu două situaţii juridice care nu se încadrează în „principiul disponibilităţii" (conform căruia judecătorul nu poate depăşi limitele învestirii sale – art. 397 C. pr. civ.) şi care, în consecinţă, nu au ce să caute în enumerarea făcută la alin. 1 al art. 918, la literele a şi b, fiind necesară, după părerea noastră, o modificare a redactării textului art. 918 C. pr. civ.

Procedura contencioasă desfăşurată în faţa primei instanţe şi în căile de atac, atunci când este vorba de cereri de divorţ, este aceea din dreptul comun, ţinându-se seama concomitent şi de dispoziţiile cuprinse în cartea VI – Proceduri speciale, titlul I – Procedura divorţului, aşa încât nu ne vom referi, în continuare, decât la unele aspecte specifice ale acestei proceduri speciale.

Absenţa reclamantului. Potrivit art. 921 din Codul de procedură civilă „Dacă la termenul de judecată, în prima instanţă, reclamantul lipseşte nejustificat şi se înfăţişează numai pârâtul, *cererea va fi respinsă ca nesusţinută".*

Prevederea sancţionatorie conţinută în art. 921 din Codul de procedură civilă este specifică procedurii de divorţ şi, ca atare, este de strictă interpretare şi aplicare pentru că altfel s-ar încălca principiul general al „rolului activ al instanţei". Ca

atare, în literatura juridică s-a susţinut, chiar şi în situaţia în care „ambele părţi lipsesc” şi una dintre ele a solicitat judecata în lipsă, instanţa de judecată va amenda părţile (conform art. 10 şi 188 C. pr. civ.) pentru nesocotirea obligaţiei de a se prezenta în faţa instanţei de judecată (art. 920 C. pr. civ.), dar va proceda la judecarea cauzei, întrucât, din punct de vedere legal, nu există nici un impediment în acest sens. Iar, dacă nici unul dintre soţi nu a cerut judecarea în lipsă, instanţa va suspenda cauza în temeiul art. 411 alin. 1 pct. 2 C. pr. civ. Acest punct de vedere ni se pare discutabil întrucât, după părerea noastră, textul art. 921 C. pr. civ. nu conţine nicio restricţie, fiind suficientă lipsa nejustificată a reclamantului, fiind indiferentă prezenţa sau absenţa pârâtului. Mai mult decât atât, „prezenţa personală a părţilor în faţa instanţelor de fond fiind obligatorie” (art. 920 C. pr. civ.), tot aşa după cum „prezenţa reclamantului este obligatorie şi în faţa instanţei de apel” (art. 927 alin. 1 C. pr. civ.). De asemenea, credem că în materie de divorţ nu există posibilitatea judecării în lipsă.

Renunţarea la judecată. Potrivit art. 923 din Codul de procedură civilă „Reclamantul poate renunţa la judecată în tot cursul judecăţii, chiar dacă pârâtul se împotriveşte”. Renunţarea reclamantului nu are nici un efect asupra cererii de divorţ făcute de pârât.

Textul sus-menţionat reprezintă o derogare de la prevederea generală prevăzută de art. 406 alin. 4 din Codul de procedură civilă, potrivit căruia „Dacă reclamantul renunţă la judecată la primul termen la care părţile sunt legal citate sau ulterior acestui moment, renunţarea nu se poate face decât cu acordul expres sau tacit al celeilalte părţi…”.

În literatura juridică se face sublinierea că urmare a renunţării la cererea de divorţ, reclamantul va fi decăzut din dreptul de a mai

formula o nouă cerere de divorţ pentru aceleaşi motive sau pentru motive apărute între momentul depunerii cererii de divorţ şi momentul renunţării la judecată. În schimb, el va putea formula o nouă cerere de divorţ pentru motive apărute ulterior cererii de renunţare. Argumentarea în drept a acestei soluţii este întemeiată de autorul citat pe aplicarea, prin analogie, a prevederilor art. 916 C. pr. civ., în conformitate cu art. 1 alin. 2 din Codul civil. Se adaugă, în continuare, că, întrucât în materie de divorţ Codul de procedură civilă nu conţine prevederi speciale în ceea ce priveşte *„renunţarea la drept”* părţile vor putea face uz de această instituţie în condiţiile dreptului comun (art. 408–410 C. pr. civ.). Şi bineînţeles că renunţarea la judecată nu are nici un efect asupra „cererii reconvenţionale”, pârâtul-reclamant, dacă o asemenea cerere a fost formulată, fiind singurul în măsură să renunţe la această cerere (reconvenţională). Susţinerile autorului citat credem că sunt greşite întrucât art. 923 C. pr. civ. se referă la „renunţarea la judecată” (deci nu pot fi aplicabile prevederile art. 408–410 C. pr. civ. care se referă la „renunţarea la drept”, ci ale art. 406–407 C. pr. civ. privind „renunţarea la judecată”).

Un argument suplimentar în sprijinul tezei că este vorba de o „renunţare la judecată” şi nu de o „renunţare la drept” îl putem deduce şi din prevederile art. 924 alin. 2 C. pr. civ. potrivit căruia, chiar dacă soţii s-au împăcat (nu numai că unul dintre ei a renunţat la judecată), aceştia „pot formula o cerere nouă, putând folosi şi faptele vechi”.

Împăcarea soţilor. Potrivit art. 924 din Codul de procedură civilă „… (1) Soţii se pot împăca în tot cursul judecăţii, chiar dacă nu au fost plătite taxele de timbru. În acest caz, instanţa va lua act de împăcare şi va dispune, prin hotărâre definitivă,

închiderea dosarului, precum şi restituirea taxelor de timbru, dacă au fost achitate.

(2) Oricare dintre soţi va putea formula o cerere nouă pentru fapte petrecute după împăcare şi, în acest caz, se va putea folosi şi de faptele vechi."

Hotărârea prin care instanţa ia act de împăcarea părţilor este definitivă, chiar dacă se pronunţă de instanţa de fond, dosarul închizându-se. Deci, soţii, în cazul în care „ulterior împăcării" apar fapte survenite în această perioadă de timp, vor putea formula o nouă cerere de divorţ, putându-se, însă, folosi şi de faptele vechi în cadrul probatoriului. În literatura juridică s-a susţinut, în această privinţă, că soţii se pot folosi şi de faptele vechi, dar „exclusiv în susţinerea motivelor de divorţ apărute după împăcare", întrucât numai în această situaţie juridică pot proceda în acest sens, altfel, pentru motivele de divorţ anterioare împăcării soţii fiind decăzuţi din dreptul de a le invoca. Acest punct de vedere ni se pare a fi discutabil, la art. 924 alin. 2 C. pr.c iv. prevăzându-se în mod clar că oricare dintre soţi poate formula o nouă cerere de divorţ pentru fapte petrecute după împăcare „în acest caz putându-se folosi şi de faptele vechi", fără nicio condiţionare în sensul că folosirea faptelor vechi ar trebui să fie exclusiv în susţinerea motivelor de divorţ apărute după împăcare. Faptul că soţii s-au împăcat anterior, ajungând la un compromis, nu înseamnă că faptele anterioare care constituiau motive de divorţ la data respectivă au dispărut şi că soţii are fi decăzuţi din dreptul de a le reinvoca, într-o nouă cerere de divorţ, întemeiată pe fapte petrecute ulterior împăcării care, de cele mai multe ori, sunt fapte de aceeaşi natură pe care soţii au convenit să le treacă cu vederea, ajungând la un compromis care, ulterior, s-a dovedit a fi doar unul precar, soţul culpabil continuându-şi comportamentul

necorespunzător. Or, în aceste condiţii, evident că nu putem vorbi despre o „decădere” a soţilor din dreptul de a invoca şi faptele vechi care nu au făcut obiectul unei judecăţi propriu-zise, ci doar de o „luare de act despre împăcarea părţilor”, soţii nefiind decăzuţi nici din dreptul de a introduce o nouă cerere de divorţ şi nici din dreptul de a invoca faptele vechi invocate în prima cerere de divorţ care nu a mai fost soluţionată de instanţa de judecată ci doar s-a „luat act de împăcarea soţilor”.

Că aşa stau lucrurile rezultă şi din art. 924 alin. 1 C. pr. civ. în care se face menţiunea expresă că instanţa de judecată poate lua act de împăcarea soţilor „chiar dacă nu au fost plătite taxele de timbru, iar dacă acestea au fost plătite se pot restitui”, aceasta, desigur, întrucât nu a avut loc nicio activitate de judecată.

Decesul unuia dintre soţi. Potrivit art. 925 din Codul de procedură civilă „…(1) Dacă în timpul procesului de divorţ unul dintre soţi decedează, instanţa va lua act de încetarea căsătoriei şi va dispune, prin hotărâre definitivă, închiderea dosarului.

(2) Cu toate acestea, când cererea de divorţ se întemeiază pe culpa pârâtului şi reclamantul decedează în cursul procesului, lăsând moştenitori, aceştia vor putea continua acţiunea, pe care instanţa o va admite numai dacă va constata culpa exclusivă a soţului pârât. În caz contrar, dispoziţiile alin. (1) rămân aplicabile.

(3) Pentru introducerea în cauză a moştenitorilor soţului reclamant, instanţa va face aplicarea art. 412 alin. (1) pct. 1 (potrivit art. 421 pct. 1 „Judecarea cauzelor se suspendă de drept, prin decesul uneia dintre părţi, până la introducerea în cauză a moştenitorilor, în afară de cazul când partea interesată cere termen pentru introducerea în judecată a acestora”).

(4) În cazul în care acţiunea este continuată de moştenitorii soţului reclamant, potrivit alin. (2), căsătoria se socoteşte desfăcută la data introducerii cererii de divorţ."

Decesul este una din cauzele de încetare a căsătoriei (potrivit art. 259 alin. 5 din Codul civil „Căsătoria încetează prin decesul … unuia dintre soţi"). Ca atare, în astfel de situaţii, instanţa de judecată „va închide dosarul printr-o hotărâre definitivă", constatând că a intervenit încetarea căsătoriei prin deces şi, totodată, că cererea de divorţ a rămas fără obiect (art. 925 alin. 1 C. pr. civ.).

Cu titlu de excepţie de la principiul enunţat la art. 925 alin. 1, „procesul va continua, totuşi, în condiţiile în care decedatul este reclamantul, iar moştenitorii săi doresc, în mode expres, continuarea procesului de divorţ" (dar numai atunci când cererea de divorţ se întemeiază pe culpa exclusivă a pârâtului).

Din punct de vedere procedural, instanţa va dispune, mai întâi, introducerea în cauză a moştenitorilor, bineînţeles dacă partea interesată cere acest lucru – art. 412 alin. 1 C. pr. civ., iar ulterior va trece la analiza dosarului în condiţiile art. 380 C. pr. civ. Deci, instanţa de judecată se va pronunţa asupra cererii de divorţ urmând ca, în situaţia în care va constata că soţul decedat a fost culpabil, în mod exclusiv, să admită cererea de divorţ.

În literatura juridică se face sublinierea că în ipoteza în care decesul soţului reclamant intervine în faţa instanţei de fond, iar moştenitorii doresc continuarea procesului, dar instanţa de judecată constată că ambii soţi au fost culpabili, aceasta va închide dosarul, hotărârea, deşi definitivă, lipsită, deci, de orice cale de atac, poate fi totuşi atacată cu apel în speranţa că instanţa de control va schimba hotărârea primei instanţe în sensul pronunţării

divorţului „din culpa exclusivă a soţului pârât”. Se argumentează acest punct de vedere prin aceea că această interpretare a textului legal (art. 925 alin. 1 C. pr. civ.) este de preferat uneia restrictive, fiind întemeiată şi pe existenţa dublului grad de jurisdicţie, principiu consacrat prin art. 3 din Codul de procedură civilă care se referă la categoriile de principii ale drepturilor omului consacrate prin tratate internaţionale.

Analiza sus-menţionată porneşte de la o premisă falsă şi, în consecinţă, se ajunge la o concluzie necorespunzătoare (un sofism).

Premisa falsă este aceea că, în cazul introducerii în cauză a moştenitorilor, nu mai avem de-a face cu o închidere a dosarului pronunţată printr-o hotărâre definitivă, în cazul în care se constată că divorţul se datorează culpei ambilor soţi, ci ca o hotărâre judecătorească pronunţată ca urmare a judecării procesului de divorţ care, în consecinţă, este supusă căii de atac a apelului, nemaifiind vorba doar de o „luare la cunoştinţă a survenirii încetării căsătoriei prin divorţ”. Cu alte cuvinte şi mai explicit, există două situaţii juridice diferite: atunci când instanţa de judecată constată (ia cunoştinţă) survenirea încetării căsătoriei ca urmare a decesului unuia dintre soţi iar soluţia este „închiderea dosarului”, pronunţată printr-o hotărâre definitivă, şi o a doua situaţie juridică (ca excepţie) când cererea de divorţ a reclamantului s-a întemeiat pe culpa exclusivă a pârâtului, iar moştenitorii solicită introducerea în cauză, deci continuarea procesului. În această a doua ipoteză, instanţa de judecată nu mai procedează la „închiderea dosarului”, ci se dă curs cererii de divorţ, urmând a se constata, prin administrarea probatoriului, dacă într-adevăr soţul pârât a fost sau nu în culpă exclusivă, în primul caz pronunţându-se desfacerea căsătoriei din culpa

exclusivă a pârâtului, iar în cel de al doilea caz, întrucât a avut loc o procedură de judecată, se va pronunţa admiterea cererii de divorţ (nu închiderea dosarului), însă socotindu-se că aceasta este desfăcută de la data introducerii cererii *(ex tunc)* – art. 616^2 C. pr. civ. şi art. 925 alin. 4 C. pr. civ. Şi, fiind vorba de o hotărâre pronunţată ca urmare a desfăşurării procedurii de judecată, această hotărâre este susceptibilă de exercitarea căii de atac a apelului.

Nemotivarea hotărârii de divorţ la cererea ambilor soţi. Potrivit art. 926 din Codul de procedură civilă „Hotărârea prin care se pronunţă divorţul nu se va motiva, dacă ambele părţi solicită instanţei aceasta".

Prin acest text se derogă de la prevederile art. 425 alin. 1 lit. b C. pr. civ. potrivit cărora hotărârea de judecată trebuie motivată în fapt şi în drept, dar nemotivarea nu poate avea loc decât dacă a fost cerută de ambii soţi. Se face însă sublinierea că instanţa de judecată va trebui totuşi să indice ca temei de drept al hotărârii art. 926 C. pr. civ.

Căile de atac. Potrivit art. 927 din Codul de procedură civilă „…(1) Apelul reclamantului împotriva hotărârii prin care s-a respins cererea va fi respins ca nesusţinut, dacă la judecată se prezintă numai pârâtul.

(2) Apelul pârâtului va fi judecat chiar dacă se înfăţişează numai reclamantul.

(3) Dacă unul dintre soţi s-a recăsătorit, hotărârea definitivă prin care s-a desfăcut căsătoria nu este supusă contestaţiei în anulare şi revizuirii în ce priveşte divorţul.

(4) Instanţa la care hotărârea de divorţ a rămas definitivă o va trimite, din oficiu, serviciului de stare civilă unde a fost încheiată căsătoria, Registrului naţional al regimurilor matrimoniale,

prevăzut de Codul civil, şi dacă unul dintre soţi a fost profesionist, registrului comerţului.”

Rezultă, din cele de mai sus, că împotriva sentinţei pronunţate de judecătorie (în cauzele de divorţ) se va putea face apel, în termenul general de 30 de zile, hotărârea pronunţată în apel „nefiind atacabilă în recurs”.

Prevederile art. 921 C. pr. civ. (referitoare la absenţa reclamantului la termenul de judecată) sunt aplicabile şi în căile de atac, aşa încât apelul formulat de reclamant, prin care este criticată hotărârea de respingere a cererii sale de divorţ, va fi „respins la nesusţinut”, în ipoteza în care la termenul de judecată se prezintă numai pârâtul intimat (art. 927 alin. 1 C. pr. civ.).

Dar, pentru a nu fi fraudate interesele pârâtului, apelul acestuia „se va putea judeca indiferent dacă se prezintă sau nu reclamantul” (art. 927 alin. 1 c. pr. civ.). În literatura juridică se face sublinierea că o soluţie contrară ar da naştere unor abuzuri, reclamantul intimat putând să nu se prezinte la termenul de judecată tocmai pentru a câştiga apelul.

Legiuitorul prevede că sunt inadmisibile şi căile de atac ale contestaţiei în anulare şi ale revizuirii în ceea ce priveşte hotărârea de divorţ „dacă unul dintre soţi s-a recăsătorit”, legea nedistingând după cum acest impediment survine anterior sau ulterior formulării acestor căi de atac extraordinare.

Se face însă sublinierea că „inadmisibilitatea dictată la art. 927 alin. 3 C. pr. civ. priveşte exclusiv partea din hotărâre prin care s-a soluţionat cererea de divorţ, deoarece partea din hotărâre prin care au fost soluţionate cererile incidentale sau accesorii cererii de divorţ va putea face obiectul contestaţiei în anulare sau ale revizuirii”.

Alineatul 4 al art. 927 C. pr. civ. are drept obiect „asigurarea opozabilităţii şi publicităţii desfacerii căsătoriei”. Se atrage atenţia, însă, că textul art. 927 alin. 4 nu conţine şi o prevedere specială cu privire la situaţia când soţul profesionist nu este înscris, prin natura profesiei, în registrul comerţului, ci într-un alt registru, în astfel de cazuri instanţa neputând proceda la transmiterea hotărârii către acest registru (textele procedurale fiind de strictă interpretare şi aplicare). Dar, se consideră că foştii soţi vor putea ei înşişi să depună hotărârea la registrele respective, fiind interesaţi să asigure opozabilitatea şi publicitatea desfacerii căsătoriei.

D. *Divorţul la cererea aceluia dintre soţi a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei.* Potrivit art. 381 din Codul civil „În cazul prevăzut la art. 373 lit. d (din Codul civil, text care se referă la starea de sănătate a unuia dintre soţi, ca motiv de divorţ) desfacerea căsătoriei se pronunţă fără a se face menţiune despre culpa soţilor”.

Aşadar, potrivit art. 373 lit. d din Codul civil, divorţul poate avea loc şi la „cererea aceluia dintre soţi a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei”, iar la art. 381 s-a adăugat doar că, în astfel de situaţii, desfacerea căsătoriei „se pronunţă fără a se face menţiune despre culpa soţilor”.

Textul art. 373 lit. d din Codul civil este corelat, din punct de vedere procedural, cu prevederile art. 613^{1} lit. b din Codul de procedură civilă, potrivit căruia „Când divorţul este cerut pentru că starea sănătăţii unuia dintre soţi face imposibilă continuarea căsătoriei, instanţa va administra probe privind existenţa bolii şi starea sănătăţii soţului bolnav şi va pronunţa divorţul,

potrivit Codului civil, fără a face menţiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei".

Deci, legiuitorul face o distincţie clară între desfacerea căsătoriei din culpă şi desfacerea căsătoriei din motive de boală (stare de sănătate) a unuia dintre soţi, aceste situaţii juridice având regimuri juridice diferite, fiind reglementate în segmente diferite ale Codului civil şi Codului de procedură civilă.

În literatura juridică se consideră că în cazul în care nu soţul bolnav, ci soţul sănătos solicită desfacerea căsătoriei din cauza stării de sănătate a celuilalt soţ, cererea de divorţ ar urma „să fie respinsă ca neîntemeiată", părţile având posibilitatea să solicite divorţul pe alte temei.

Din punctul nostru de vedere starea de sănătate deficitară a unuia dintre soţi constituie o cauză de imposibilitate a continuării normale a căsătoriei pentru ambii soţi, nu numai pentru unul dintre ei, aşa încât ambii soţi ar trebui să fie îndreptăţiţi să solicite divorţul pentru acest motiv, nu numai soţul bolnav care altfel ar dispune de un control total asupra posibilităţii de desfacere a căsătoriei, ceea ce nu ar fi corect, echitabil sau moral. De aceea, apreciem că era mai potrivit textul art. 38 alin. 3 din vechiul Cod al familiei care prevedea posibilitatea ca „oricare dintre soţi să ceară desfacerea căsătoriei atunci când starea de sănătate face imposibilă continuarea acesteia". A nu se admite această dublă posibilitate înseamnă pur şi simplu „menţinerea forţată artificial" a unei căsătorii care nu ar mai fi o căsătorie, ci ar fi transformată într-o instituţie de ajutor social-medical pentru care nu există un consimţământ necesar.

5. *Efectele divorţului.* Din punct de vedere al efectelor divorţului trebuie avute în vedere următoarele aspecte: a) data desfacerii căsătoriei;

b) raporturile nepatrimoniale dintre soţi; c) raporturile patrimoniale dintre soţi; d) raporturile dintre părinţi şi copiii lor minori.

a) *Data desfacerii căsătoriei.* Potrivit art. 382 din Codul civil „…(1) Căsătoria este desfăcută din ziua când hotărârea prin care s-a pronunţat divorţul a rămas definitivă.

(2) Prin excepţie, dacă acţiunea de divorţ este continuată de moştenitorii soţului reclamant, potrivit art. 380, căsătoria se socoteşte desfăcută la data decesului.

(3) În cazul prevăzut de art. 375 (referitor la divorţul prin acordul soţilor pe cale administrativă sau prin procedură notarială), căsătoria este desfăcută pe data eliberării certificatului de divorţ."

Textul sus-menţionat necesită unele clarificări suplimentare care au fost expuse în literatura juridică.

În privinţa sintagmei „hotărâre definitivă" se atrage atenţia că trebuie avute în vedere prevederile art. 222 din Legea nr. 71/2011, conform cărora „până la intrarea în vigoare a Legii nr. 134/2010, referirea din cuprinsul Codului civil sau al prezentei legi la hotărârea definitivă se va înţelege ca fiind făcută la hotărârea irevocabilă".

b) *Raporturile nepatrimoniale dintre soţi.* Potrivit art. 383 din Codul civil „…(1) La desfacerea căsătoriei prin divorţ, soţii pot conveni să păstreze numele purtat în timpul căsătoriei. Instanţa ia act de această înţelegere prin hotărârea de divorţ.

(2) Pentru motive temeinice, justificate de interesul unuia dintre soţi sau de interesul superior al copilului, instanţa poate să încuviinţeze ca soţii să păstreze numele purtat în timpul căsătoriei, chiar în lipsa unei înţelegeri între ei.

(3) Dacă nu a intervenit o înţelegere sau dacă instanţa nu a dat încuviinţarea, fiecare dintre foştii soţi poartă numele dinaintea căsătoriei."

După cum vedem, sub titlul „efectele divorţului cu privire la raporturile nepatrimoniale dintre soţi", legiuitorul s-a ocupat de „numele de familie al soţilor după căsătorie", făcând o distincţie între trei situaţii juridice: când soţii convin să-şi păstreze numele purtat în timpul căsătoriei, instanţa rezumându-se să ia act de înţelegerea dintre soţi, prin hotărârea de divorţ (art. 383 alin. 1); când există un interes al unuia dintre soţi sau interesul superior al copilului o cere, situaţie în care instanţa poate încuviinţa ca soţii să păstreze numele purtat în timpul căsătoriei, chiar dacă nu există o înţelegere în acest sens între soţi (art. 383 alin. 2); când nu există înţelegere între soţi şi nici instanţa nu a dat vreo încuviinţare, fiecare dintre soţi va purta numele dinaintea căsătoriei (art. 383 alin. 3).

Din aceste trei situaţii juridice cea prevăzută la alineatul 2 necesită comentarii sau explicaţii suplimentare întrucât este folosită noţiunea de „interes" (al unuia dintre soţi sau al copilului) noţiune care, nefiind determinată, a prilejuit discuţii şi controverse în literatura juridică, dar şi o practică judiciară abundentă.

În mod tradiţional şi constant se consideră că există „motive temeinice" în situaţii precum aceea în care soţul, desfăşurând activităţi publice ori cu impact public semnificativ, ar avea de suferit în urma reluării numelui purtat înaintea căsătoriei, ajungându-se să fie pus în situaţia de a-şi pierde sau diminua posibilitatea de a fi identificat social, anihilându-se, în tot sau în parte, cel puţin pentru o perioadă de timp, beneficiile pe care notorietatea câştigată i le-ar fi atras. De exemplu, a fost considerat „motiv temeinic" faptul că soţul este cunoscut în lumea literară, ştiinţifică, artistică, a

obţinut diplome, atestate pe numele pe care doreşte să şi-l păstreze, a fost invitat pe acest nume şi a participat la diferite congrese în ţară şi în străinătate, a publicat lucrări sau este cunoscut pentru activitatea de cercetare desfăşurată prin publicarea de studii în reviste de specialitate. De asemenea, încuviinţarea păstrării numelui dobândit prin căsătorie poate interveni şi atunci când păstrarea numelui este în interesul superior al copilului. Dar, în acest caz s-a considerat că nu conduce, neapărat, la vătămarea interesului copilului prin aceea că mama nu va mai purta acelaşi nume, deoarece o atare situaţie juridică nu constituie un motiv temeinic pentru încuviinţarea purtării aceluiaşi nume cu cel al copilului, interesele copilului fiind protejate cât timp pe numele său nu se probează în mod concret existenţa unor date ori aspecte din care să rezulte că minorul nu poate depăşi pretinsele inconveniente.

Trebuie menţionat şi faptul că suprema instanţă a precizat că interesul care ar putea fi vătămat prin schimbarea numelui purtat în timpul căsătoriei „poate fi nu numai moral, ci şi material”.

În practica judiciară sunt prezentate şi numeroase situaţii juridice care nu pot constitui „motive temeinice” pentru păstrarea numelui purtat în timpul căsătoriei. Astfel, de exemplu, s-a decis că este insuficient faptul că pârâta are contract de muncă, încheiat sub numele avut în timpul căsătoriei şi că sub acest nume a primit o invitaţie la un seminar şi că a participat şi la cursuri de pregătire profesională, având şi unele colaborări pe internet. S-a apreciat că aceste activităţi ale pârâtei intră în sfera unor activităţi care, prin ele însele, nu sunt susceptibile de a genera în mod semnificativ notorietate şi care, în cazul pierderii numelui dobândit prin căsătorie, să conducă la vătămarea acesteia.

S-a mai decis că nu constituie o consacrare ştiinţifică şi o notorietate profesională faptul că soţul care solicită păstrarea numelui purtat în timpul căsătoriei îndeplineşte o activitate didactică merituoasă. Recunoaşterea bunei pregătiri, în mediul în care îşi exercită activitatea, faptul că este perceput ca fiind un pedagog respectabil şi alte asemenea nu sunt în strictă şi necesară conexiune cu numele pe care îl poartă, ci cu conduita ireproşabilă pe care înţelege să o adopte vizavi de elevii pe care îi instruieşte.

Într-o altă speţă s-a considerat că nu este de natură să determine menţinerea numelui din căsătorie faptul că soţia reclamantă are calitatea de consilier local, aceasta nefiind aleasă ca urmare a unei campanii electorale în care să-şi fi prezentat personal calităţile, aptitudinile şi realizările şi nefiind aleasă de alegători în mod individual, alegătorii votând o listă a partidului din partea căruia a candidat. Reclamanta nu a dovedit nici faptul că, după dobândirea calităţii de consilier local, a desfăşurat vreo activitate prin care să fie cunoscută cetăţenilor sub numele actual. Deci, reclamanta nu va suferi nici un prejudiciu legat de reluarea numelui avut anterior căsătoriei, întrucât activităţile desfăşurate de aceasta nu sunt activităţi cu impact public semnificativ, care, prin ele însele, să fie susceptibile de a genera în mod semnificativ notorietate, astfel încât pierderea numelui dobândit prin căsătorie nu va conduce la vătămarea acesteia.

Considerăm că în mod firesc, odată cu desfacerea căsătoriei fiind rupte relaţiile conjugale dintre soţi, aceştia să-şi redobândească numele avute înainte de căsătorie, cazurile de menţinere a numelui din timpul căsătoriei constituind excepţia care, în consecinţă, trebuie să fie restrictivă, riguroasă, nepermiţându-se abateri de la regulă decât în cazuri bine determinate, strict argumentate, lipsite de orice echivoc. De altfel,

dacă soţii doresc să-şi protejeze statutul lor de oameni de ştiinţă sau de persoane publice de notorietate, au posibilitatea ca încă din momentul căsătoriei să-şi păstreze numele dinaintea căsătoriei, aşa cum prevede, expres, art. 282 din Codul civil, eliminându-se astfel orice posibilitate de intruziune a instanţei de judecată în această privinţă.

Trebuie menţionat şi faptul că sub acelaşi titlu din Codul civil, consacrat efectelor divorţului asupra raporturilor nepatrimoniale dintre soţi, este inclus, în mod necorespunzător, după părerea noastră, şi textul art. 384 din Codul civil care, indirect, se referă şi la „drepturi cu caracter patrimonial" (convenţiile încheiate anterior cu terţii).

În mod concret, potrivit art. 384 din Codul civil „…(1) Divorţul este considerat pronunţat împotriva soţului din a cărui culpă exclusivă s-a desfăcut căsătoria.

(2) Soţul împotriva căruia a fost pronunţat divorţul pierde drepturile pe care legea sau convenţiile încheiate anterior cu terţii le atribuie acestuia.

(3) Aceste drepturi nu sunt pierdute în cazul culpei comune sau al divorţului prin acordul soţilor."

Din textul sus-menţionat rezultă că soţul vinovat de destrămarea relaţiilor de familie pierde orice drept care i-a fost recunoscut prin lege sau prin convenţie în considerarea statutului său de persoană căsătorită. Dar, pierderea acestor drepturi operează numai atunci când se reţine culpa sa exclusivă în desfacerea căsătoriei, nu şi în ipotezele în care fie se reţine culpa comună a soţilor, fie căsătoria se desface prin acordul părţilor.

În literatura juridică se consideră că pierderea drepturilor nu poate avea loc nici în cazul în care divorţul se pronunţă pe motiv de boală care împiedică desfăşurarea normală a relaţiilor de familie ori pe temeiul separaţiei în fapt a soţilor pe o perioadă de cel puţin 2 ani, când pârâtul se declară de acord cu cererea de divorţ sau în condiţiile art. 613^{1} C. pr. civ., adică atunci când cererea de divorţ este întemeiată pe culpa soţului pârât, iar acesta recunoaşte faptele care au dus la destrămarea vieţii conjugale.

Nici legiuitorul, nici în literatura juridică nu se fac menţiuni şi nu se dau explicaţii mai detaliate despre drepturile atribuite prin lege sau convenţii încheiate anterior cu terţii, nici măcar cu titlu exemplificativ.

c) *Raporturile patrimoniale dintre soţi.* În categoria acestor raporturi patrimoniale dintre soţi sunt incluse trei subcategorii: efectele cu privire la regimul matrimonial; dreptul la despăgubiri şi obligaţiile de întreţinere între foştii soţi.

Efectele cu privire la regimul matrimonial. Potrivit art. 385 din Codul civil „…(1) În cazul divorţului, regimul matrimonial încetează între soţi la data introducerii cererii de divorţ.

(2) Cu toate acestea, oricare dintre soţi sau amândoi, împreună, în cazul divorţului prin acordul lor, pot cere instanţei de divorţ să constate că regimul matrimonial a încetat de la data separaţiei în fapt.

(3) Prevederile acestui articol se aplică în mod corespunzător şi în cazul divorţului prevăzut de art. 375.” (divorţul prin acordul soţilor pe cale administrativă sau prin procedură notarială).

Aşadar, de principiu, în situaţia în care căsătoria încetează prin divorţ, regimul matrimonial ia sfârşit între soţi de la momentul

introducerii acţiunii de divorţ, adică are loc „anterior datei desfacerii căsătoriei”. Pentru terţi, însă, aşa cum se subliniază în literatura juridică, regimul matrimonial încetează „la data la care au fost îndeplinite formalităţile de publicitate prevăzute de lege, pentru adoptarea regimului matrimonial”.

Prin excepţie de la acest principiu, atunci când divorţul se întemeiază pe acordul părţilor, indiferent că acesta se pronunţă de către ofiţerul de stare civilă, notarul public sau instanţa de judecată, ambii soţi sau unul dintre aceştia „pot solicita autorităţii competente (ofiţerului de stare civilă, notarului public sau instanţei de judecată, în funcţie de organul căruia i se adresează cererea de divorţ) să constate că regimul matrimonial a încetat nu de la data introducerii cererii de divorţ, ci din momentul separaţiei în fapt a soţilor” (dacă este cazul) (art. 385 alin. 2 C. civ.).

În literatura juridică s-a exprimat opinia că, în cazul când pe parcursul procesului de divorţ intervine împăcarea soţilor, suntem în prezenţa unei „menţineri a căsătoriei ulterior încetării regimului matrimonial”. Iar în această situaţie juridică sunt posibile două abordări: fie regimul matrimonial existent în momentul promovării acţiunii de divorţ se „reactivează”, fie soţilor li se aplică regimul comunităţii de bunuri cel puţin până la momentul la care aceştia încheie o convenţie matrimonială. Dar, pornindu-se de la faptul că legea nu reglementează posibilitatea reactivării unui regim matrimonial care a încetat, se apreciază că, prin introducerea unei acţiuni de divorţ, indiferent dacă aceasta este finalizată sau se stinge prin împăcarea soţilor, regimul matrimonial existent între soţi încetează în baza art. 385 alin. 1 din Codul civil. Dat fiind faptul că soţii au decis să menţină în fiinţă căsătoria, împăcându-se pe parcursul judecării cererii de divorţ, între soţi,

ulterior încetării, odată cu introducerea cererii de divorţ a regimului matrimonial existent, operează regimul legal al comunităţii de bunuri, aplicabil ori de câte ori prin convenţie matrimonială soţii au optat pentru un alt regim permis de lege.

Opiniile exprimate mai sus pornesc de la premisa că „regimul matrimonial încetează automat între soţi de la data introducerii cererii de divorţ" şi, de fapt, aceasta este şi formularea din art. 385 alin. 1 din Codul civil. Însă, după părerea noastră, aceasta este o premisă falsă rezultând din formularea necorespunzătoare a art. 385 alin. 1 C. civ. În realitate, regimul matrimonial nu poate înceta, automat, de la data introducerii acţiunii de divorţ, ci nu reprezintă decât un efect *ex tunc* al pronunţării divorţului de către autorităţile competente (ofiţer al stării civile, notar public sau instanţa de judecată, fiecare cu specificitatea sa). De altfel, la art. 320 din Codul civil se prevede explicit că, în caz de încetare sau de schimbare, „regimul matrimonial se lichidează" iar „actul de lichidare constă în hotărârea judecătorească sau, după caz, înscrisul întocmit în formă autentică notarială". Lichidarea poate avea loc de bună voie, prin înţelegerea soţilor (lichidarea convenţională) sau pe cale judiciară (lichidarea judiciară) atunci când soţii nu se înţeleg în privinţa modalităţilor de lichidare.

După părerea noastră nu se poate concepe ca o încetare a regimului matrimonial să aibă loc, automat, doar ca efect al introducerii cererii de divorţ, ea putând avea loc doar prin actul de lichidare (convenţională sau judiciară).

Legiuitorul se ocupă, la acest capitol, şi de „actele încheiate în frauda celuilalt soţ". Potrivit art. 386 din Codul civil „…(1) Actele menţionate la art. 346 alin. (2) (text care se referă la dispunerea de către oricare dintre soţi, de unul

singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune), precum şi actele din care se nasc obligaţii în sarcina comunităţii, încheiate de unul dintre soţi după data introducerii cererii de divorţ sunt anulabile, dacă au fost făcute în frauda celuilalt soţ.

(2) Dispoziţiile art. 345 alin. (4) rămân aplicabile." (potrivit acestui text „în măsura în care interesele sale legate de comunitatea de bunuri au fost prejudiciate printr-un act juridic, soţul care nu a participat la încheierea actului nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soţ fără a fi afectate drepturile dobândite de terţii de bună-credinţă").

Potrivit art. 346 alin. 2 din Codul civil, oricare dintre soţi poate dispune singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune a căror înstrăinare nu este supusă îndeplinirii formalităţilor de publicitate. Asemenea acte, precum şi cele din care rezultă obligaţii în sarcina comunităţii de bunuri (la care se face referire, de asemenea, la art. 386 alin. 1), dacă sunt încheiate de unul dintre soţi, după momentul intentării acţiunii de divorţ, „sunt lovite de nulitate relativă", dacă au fost făcute în frauda celuilalt soţ. Aşadar, acţiunea în anulare aparţine soţului vătămat (dacă acesta vrea să o introducă), acesta având însă obligaţia să „dovedească fraudarea intereselor sau drepturilor sale".

Acţiunea în anulare poate fi, însă, cerută şi de „terţe persoane", cum ar fi creditorii soţilor sau ai unuia dintre soţi, dacă prin actul încheiat sunt fraudate drepturile lor cu privire la comunitatea de bunuri sau la bunurile debitorului lor, după caz (acţiunea oblică).

Acţiunea în anulare intentată de terţ trebuie introdusă în termenul de prescripţie de 3 ani, care curge de la data la care terţul a cunoscut cauza de nulitate, dacă legea nu prevede altfel – art. 2529 alin. 2 din Codul civil.

Dacă terţul cu care unui dintre soţi a contractat este de bună-credinţă, soţul vătămat nu poate obţine anularea actului, ci doar daune-interese din partea celuilalt soţ. Dacă, dimpotrivă, terţul este de rea-credinţă, soţul vătămat poate solicita şi obţine anularea actului juridic încheiat în frauda sa.

În ceea ce priveşte opozabilitatea faţă de terţi a hotărârii judecătoreşti sau, după caz, a certificatului prin care s-a pronunţat divorţul, la art. 387 din Codul civil sunt prevăzute următoarele: „…(1) Hotărârea judecătorească prin care s-a pronunţat divorţul şi, după caz, certificatul de divorţ prevăzut la art. 375 sunt opozabile faţă de terţi, în condiţiile legii.

(2) Dispoziţiile art. 291, 334 şi 335 sunt aplicabile în mod corespunzător, inclusiv în cazul prevăzut la art. 375.” (art. 291 se referă la formalităţile privind regimul matrimonial; art. 334, la publicitatea convenţiei matrimoniale; art. 335, la inopozabilitatea convenţiei matrimoniale; art. 375, la divorţul prin acordul soţilor pe cale administrativă sau prin procedură notarială).

Textul sus-menţionat necesită clarificări şi explicaţii suplimentare pentru o mai bună înţelegere a sa.

Divorţul produce efecte din momentul la care se face menţiune despre divorţ pe marginea actului de căsătorie.

Mai explicit, dacă divorţul se dispune de către ofiţerul de stare civilă, acesta are obligaţia ca, după emiterea certificatului de divorţ, să facă menţiune despre aceasta în actul de căsătorie – art. 377 alin. 1 C. civ.

Dacă desfacerea căsătoriei este dispusă de către notarul public, acesta, după emiterea certificatului de divorţ, trimite o copie certificată la primăria locului unde s-a încheiat căsătoria sau, după caz, la serviciul public comunitar local de

evidenţă a persoanelor S.P.C.L.E.P. unde s-a încheiat căsătoria, pentru a se menţiona în actul de căsătorie faptul încetării căsătoriei prin divorţ – art. 377 alin. 3 C. civ.

Dacă divorţul se pronunţă de către instanţa de judecată, aceasta are obligaţia de a comunica hotărârea de divorţ la serviciul de stare civilă unde s-a încheiat căsătoria, la Registrul naţional notarial al regimurilor matrimoniale şi la Oficiul Naţional al Registrului Comerţului – art. 619 alin. 6 C. pr. civ. Comunicarea se face din oficiu, ea constituind o obligaţie a instanţei la care a rămas definitivă hotărârea de divorţ (în trecut se utiliza termenul de „irevocabilă"), aceasta putând fi *judecătoria* (prima instanţă), atunci când aceasta adoptă hotărâri irevocabile (este vorba de divorţul pronunţat în temeiul art. 613^{1} şi art. 613^{1a} C. pr. civ. sau de divorţul pronunţat pe calea dreptului comun sau întemeiat pe starea de sănătate a reclamantului, dacă hotărârea de divorţ nu este atacată de vreunul dintre soţi); *tribunalul* (în cazul în care acesta soluţionează apelul declarat, iar decizia instanţei de apel nu este atacată); *curtea de apel* (învestită cu judecarea recursului declarat).

Dreptul la despăgubiri. Potrivit art. 388 din Codul civil „Distinct de dreptul la o prestaţie compensatorie, drept prevăzut la art. 390 C. civ., soţul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soţului vinovat să îl despăgubească. Instanţa de tutelă soluţionează cererea prin hotărârea de divorţ."

Din textul sus-menţionat rezultă că despăgubirile pentru repararea prejudiciului cauzat prin desfacerea căsătoriei, pe care soţul nevinovat le poate cere de la soţul vinovat, sunt distincte de prestaţia compensatorie reglementată la art. 390 (de altfel, la art. 390 alin. 2 C. civ. se prevede că

„prestaţia compensatorie se poate acorda numai în cazul în care căsătoria a durat cel puţin 20 de ani”, condiţie neexistentă în cazul solicitării de despăgubiri”, fiind, aşadar, rare cazurile în care s-ar cere cumulativ atât „despăgubiri” cât şi „prestaţie compensatorie”).

În literatura juridică se face sublinierea că acest drept la despăgubiri recunoscut soţului nevinovat prezintă o aplicare a principiului răspunderii civile delictuale consacrat prin art. 1349 alin. 1 şi 2 din Codul civil. Ca atare, numai acest soţ poate fi titularul dreptului la despăgubiri, creditor al obligaţiei de plată, iar calitatea de debitor al obligaţiei de plată aparţine exclusiv numai soţului culpabil de desfacerea căsătoriei, dreptul la despăgubiri neputând fi recunoscut decât în cazul divorţului din culpă, atunci când se stabileşte culpa exclusivă a unuia dintre soţi în destrămarea relaţiilor de căsătorie (desigur că în cadrul acţiunii în despăgubiri calitatea de creditor al obligaţiei de plată poate aparţine atât reclamantului din acţiunea principală de divorţ, dar şi pârâtului, în baza cererii reconvenţionale formulate de acesta, când s-a dovedit că desfacerea căsătoriei a avut loc din vina exclusivă a reclamantului).

O problemă care s-ar putea pune este aceea dacă au dreptul de a solicita despăgubiri moştenitorii soţului nevinovat care, potrivit art. 380 din Codul civil au dreptul de a cere continuarea acţiunii de divorţ, dacă titularul acţiunii (sau, respectiv, al cererii reconvenţionale) a decedat în cursul procesului de divorţ. Deşi prevederile art. 380 din Codul civil nu fac nici o diferenţiere de tratament în această privinţă, apreciem că, totuşi, aceste dispoziţii nu sunt aplicabile şi în cazul în care au fost cerute, de către soţul nevinovat, despăgubiri pentru prejudiciile cauzate de desfacerea căsătoriei din culpa

exclusivă a pârâtului, dacă reclamantul a decedat în timpul procesului de divorţ, fiind vorba de obligaţii „intuitu personae”.

În literatura juridică se apreciază că în lipsa unei menţiuni privitoare la natura prejudiciului, poate fi reparat atât *prejudiciul material* cât şi *prejudiciul moral.* Poate constitui prejudiciu moral, care reclamă reparaţie, „trauma emoţională suferită de soţul inocent ca urmare a schimbării statutului, a neplăcerilor create de lupta pentru custodia copilului, starea de singurătate în care se găseşte soţul după o căsătorie de lungă durată, afectarea imaginii unui om politic aflat în campanie electorală” etc. Într-adevăr, relaţiile care se construiesc în timpul căsătoriei rămân întipărite în fiecare partener, fiecare păstrează în el ceva de la celălalt şi, la rândul său, proiectează asupra celuilalt o parte din el. Desfacerea acestor legături nu se poate face de pe o zi pe alta, ci necesită un veritabil travaliu psihologic, în profunzime şi cu foarte multă răbdare, asupra propriei persoane.

Se consideră, însă, că *prejudiciul de natură materială* este mai rar întâlnit în practică, deşi există şi neajunsuri de ordin material (cum ar fi, de exemplu: pierderea bănească suferită de soţul inocent nevoit să se prezinte în faţa instanţei de judecată care poate merge până la pierderea slujbei şi a salariului, cheltuielile ocazionate de diferite investigaţii medicale din cauza traumei suferite ca urmare a divorţului, pierderea unui contract pe care soţul nevinovat nu l-a mai putut încheia din cauza divorţului şi altele).

Prejudiciul material şi moral se stabilesc, de la caz la caz, dar despăgubirile trebuie să fie echitabile, proporţionale cu situaţia creată şi serioase. Ele nu trebuie să aibă caracterul unei sancţiuni îndreptate împotriva soţului vinovat şi nu

trebuie să ducă la îmbogăţirea fără justă cauză a celui care le pretinde.

Cuantumul despăgubirilor poate fi modificat, reevaluat ulterior rămânerii definitive a hotărârii de divorţ întrucât, aşa cum se subliniază în literatura juridică, nu ne aflăm în prezenţa unei noi cereri de despăgubiri, ci doar de o „ajustare în timp" a unor drepturi deja câştigate.

Obligaţia de întreţinere între foştii soţi. Potrivit art. 389 din Codul civil „…(1) Prin desfacerea căsătoriei, obligaţia de întreţinere între soţi încetează.

(2) Soţul divorţat are dreptul la întreţinere, dacă se află în nevoie din pricina unei incapacităţi de muncă survenite înainte de căsătorie ori în timpul căsătoriei. El are drept la întreţinere şi atunci când incapacitatea se iveşte în decurs de un an de la desfacerea căsătoriei, însă numai dacă incapacitatea este cauzată de o împrejurare în legătură cu căsătoria.

(3) Întreţinerea datorată potrivit dispoziţiilor alin. (2) se stabileşte până la o pătrime din venitul net al celui obligat la plata ei, în raport cu mijloacele sale şi cu starea de nevoie a creditorului. Această întreţinere, împreună cu întreţinerea datorată copiilor, nu va putea depăşi jumătate din venitul net al celui obligat la plată.

(4) Când divorţul este pronunţat din culpa exclusivă a unuia dintre soţi, acesta nu beneficiază de prevederile alin. (2) şi (3) decât timp de un an de la desfacerea căsătoriei.

(5) În afara altor cazuri prevăzute de lege, obligaţia de întreţinere încetează prin recăsătorirea celui îndreptăţit."

Aşadar, de regulă (în principiu), prin desfacerea căsătoriei obligaţia de întreţinere între soţi încetează (art. 389 alin. 1 C. civ.). Reamintim

că, potrivit art. 325 alin. 1 din Codul civil, „Soţii sunt obligaţi să îşi acorde sprijin material reciproc”. Această normă legală de principiu instituie, deci, obligaţiile soţilor de a-şi acorda unul altuia sprijin material, ţinându-se seama de faptul că relaţiile de familie se bazează pe prietenie şi afecţiune reciprocă între membrii săi. Deci, între membrii familiei trebuie să existe o comunitate de interese materiale şi spirituale, care sunt în concordanţă cu interesele societăţii. În acest ansamblu de obligaţii reciproce a soţilor se încadrează toate cheltuielile necesare satisfacţiei scopului căsătoriei: obligaţia de întreţinere a copiilor minori, obligaţia de întreţinere între soţi, munca depusă de soţi în gospodărie şi pentru creşterea copiilor.

Odată cu încetarea căsătoriei prin divorţ, de regulă încetează şi obligaţia de întreţinere între soţi (art. 389 alin. 1 C. civ.). Dar, de la această regulă generală există şi excepţii, prevăzute de legiuitor (art. 389 alin. 2 C. civ.), pentru că, deşi căsătoria se desface, totuşi subzistă situaţii juridice care derivă sau au legătură cu căsătoria, care nu pot fi decupate pur şi simplu de aceasta, soţii neputând fi exoneraţi, în astfel de cazuri, de totalitatea obligaţiilor pe care le-au avut în timpul căsătoriei. Este vorba de cazuri când soţul divorţat s-ar afla în nevoie din pricina unei incapacităţi de muncă survenite în timpul căsătoriei, chiar dacă această incapacitate survine în decurs de un an de la desfacerea căsătoriei dacă incapacitatea este cauzată de o împrejurare care are legătură cu căsătoria (art. 389 alin. 2 C. civ.). De aceste prevederi beneficiază şi soţul din culpa căruia s-a desfăcut căsătoria, dar pe o durată limitată de timp, adică de un an de la desfacerea căsătoriei (art. 389 alin. 3 C. civ.).

Literatura juridică şi practica judiciară, aşa cum este şi firesc, venind în contact cu situaţii

litigioase, cu realităţi foarte diverse imposibil de prevăzut de legiuitor, vor trebui să adapteze continuu prevederile legale la situaţii concrete şi deci să muleze legea la realităţi, într-un mod creator. Aşa încât, şi în cazul situaţiilor de mai sus, au fost aduse clarificări care completează în mod armonios dispoziţiile legale sus-menţionate. Astfel, s-a făcut precizarea că şomerul se află şi el în nevoie dacă nu primeşte o indemnizaţie de ajutor sau dacă aceasta nu este îndestulătoare şi nu are bunuri ce pot fi valorificate. De asemenea, s-a mai considerat că împlinirea vârstei de pensionare înseamnă numai recunoaşterea facultăţii de a nu munci şi nu presupune o dovadă a incapacităţii de muncă. Dar, aceasta nu înseamnă că astfel de persoane nu pot cere întreţinere, însă cu obligaţia de a dovedi incapacitatea lor de muncă. S-a mai considerat şi că de dreptul la întreţinere beneficiază şi soţul de bună-credinţă dintr-o „căsătorie putativă", acesta păstrând, conform art. 304 C. civ., până la data rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti prin care căsătoria a fost declarată nulă sau anulată, situaţia unui soţ dintr-o căsătorie valabilă.

S-a subliniat că soţii îşi datorează întreţinere înaintea celorlalţi obligaţi la prestarea întreţinerii.S-a avut în vedere şi situaţia când întreţinerea se solicită ulterior rămânerii definitive a hotărârii de divorţ, când întreţinerea se acordă de la data introducerii cererii, chiar dacă un asemenea drept se naşte la momentul rămânerii definitive a hotărârii de divorţ. Dar, prin excepţie, întreţinerea poate fi acordată şi pentru trecut, deci pentru o perioadă anterioară introducerii cererii în instanţă, atunci când introducerea cu întârziere a cererii de întreţinere este imputabilă debitorului (de exemplu, acesta a refuzat să comunice domiciliul său actual sau locul său de muncă).

S-a mai decis că starea de nevoie a unui soţ se apreciază prin raportare la condiţiile de viaţă pe care soţul reclamant (cel care a solicitat întreţinerea) le-a avut în timpul căsătoriei, şi nu la condiţiile minime de supravieţuire. Simpla deţinere în proprietate a unor bunuri nu poate fi asimilată cu obţinerea unor venituri necesare întreţinerii, întrucât nu se poate pretinde reclamantului să înstrăineze bunuri pentru a-şi asigura întreţinerea. Deţinerea şi administrarea unor bunuri, în special cele imobile, implică în mod normal şi cu notorietate cheltuieli suplimentare, astfel că reclamantul are dreptul la o calitate a vieţii echivalentă cu cea din timpul căsătoriei, prin raportare, bineînţeles, la posibilităţile materiale şi la veniturile pe care le realizează fostul soţ. Prin urmare, nu se poate respinge ca neîntemeiată acţiunea prin care un soţ solicită obligarea fostului soţ la plata unei pensii de întreţinere, pe simplul motiv că soţul reclamant are bunuri pe care le-a dobândit prin partajul voluntar încheiat cu soţul său cu ocazia dizolvării comunităţii de bunuri, pe care le poate înstrăina pentru a-şi asigura resursele necesare existenţei.

Această din urmă soluţie este discutabilă din anumite puncte de vedere, întrucât art. 389 din Codul civil, respectiv, alineatul din acest text care se referă la „starea de nevoie” a soţului reclamant (cel care a solicitat întreţinerea) nu şi la „asigurarea unui standard de viaţă pe care acesta l-ar fi avut înainte de căsătorie”.

Prestaţia compensatoare. Potrivit art. 390 din Codul civil „…(1) În cazul în care divorţul se pronunţă din culpa exclusivă a soţului pârât, soţul reclamant poate beneficia de o prestaţie care să compenseze, atât cât este posibil, un dezechilibru semnificativ pe care divorţul l-ar determina în condiţiile de viaţă ale celui care o solicită.

(2) Prestaţia compensatorie se poate acorda numai în cazul în care căsătoria a durat cel puţin 20 de ani.

(3) Soţul care solicită prestaţia compensatorie nu poate cere de la fostul său soţ şi pensie de întreţinere, în condiţiile art. 389." (text care reglementează obligaţia de întreţinere).

În continuare, la art. 391, sunt prevăzute următoarele: „…(1) Prestaţia compensatorie nu se poate solicita decât odată cu desfacerea căsătoriei.

(2) La stabilirea prestaţiei compensatorii se ţine seama atât de resursele soţului care o solicită, cât şi de mijloacele celuilalt soţ din momentul divorţului, de efectele pe care le are sau le va avea lichidarea regimului matrimonial, precum şi de orice alte împrejurări previzibile de natură să le modifice, cum ar fi vârsta şi starea de sănătate a soţilor, contribuţia la creşterea copiilor minori pe care a avut-o şi urmează să o aibă fiecare soţ, pregătirea profesională, posibilitatea de a desfăşura o activitate producătoare de venituri şi altele asemenea."

În ceea ce priveşte forma prestaţiei compensatorii, la art. 392 din Codul civil sunt prevăzute următoarele: „…(1) Prestaţia compensatorie poate fi stabilită în bani, sub forma unei sume globale sau a unei rente viagere, ori în natură, sub forma uzufructului asupra unor bunuri mobile sau imobile care aparţin debitorului.

(2) Renta poate fi stabilită într-o cotă procentuală din venitul debitorului sau într-o sumă de bani determinată.

(3) Renta şi uzufructul se pot constitui pe toată durata vieţii celui care solicită prestaţia compensatorie sau pentru o perioadă mai scurtă, care se stabileşte prin hotărârea de divorţ."

La art. 393 din Codul civil, referitor la „garanţii", se prevede că „Instanţa, la cererea

soţului creditor, îl poate obliga pe soţul debitor să constituie o garanţie real sau să dea cauţiune pentru a asigura executarea rentei.”

Prestaţia compensatorie poate fi modificată în această privinţă, la art. 394 fiind prevăzute următoarele: „…(1) Instanţa poate mări sau micşora prestaţia compensatorie, dacă se modifică, în mod semnificativ, mijloacele debitorului şi resursele creditorului.

(2) În cazul în care prestaţia compensatorie constă într-o sumă de bani, aceasta se indexează de drept, trimestrial, în funcţie de rata inflaţiei.”

În sfârşit, la art. 395 din Codul civil se prevede că „Prestaţia încetează prin decesul unuia dintre soţi, prin recăsătorirea soţului creditor, precum şi atunci când acesta obţine resurse de natură să îi asigure condiţii de viaţă asemănătoare celor din timpul căsătoriei”.

Avem premoniţia că textele: art. 388 privitor la despăgubiri; art. 389 referitor la obligaţia de întreţinere şi, mai ales, art. 390–395 în legătură cu prestaţia compensatorie, vor constitui o sursă de interpretări contradictorii, întrucât diferenţierile dintre aceste texte nu sunt suficient de bine conturate. Astfel, deşi sunt reglementate prin texte diferite (respectiv, art. 388 şi art. 390 din Codul civil), „despăgubirea” şi „prestaţia compensatorie” nu par a avea naturi deosebite, singura diferenţiere fiind aceea că la art. 390 alin. 2 se prevede că, pentru prestaţia compensatorie, durata căsătoriei trebuie să fie de cel puţin 20 ani. În literatura juridică se consideră că în timp ce „despăgubirile” au menirea să repare în întregime prejudiciul cauzat soţului, „prestaţia compensatorie” urmăreşte nu o acoperire integrală ci doar o temperare a pierderii suferite de unul dintre soţi. Această argumentare ni se pare a fi şubredă întrucât şi despăgubirea nu poate avea un caracter

absolut în toate cazurile (a se vedea *pretium doloris*).

Apoi, dispoziţiile cuprinse la art. 390–395, în legătură cu prestaţia compensatorie" sunt perfect aplicabile, cu adaptările corespunzătoare, şi în cazul „obligaţiei de întreţinere între soţi", fără ca acest lucru să fie precizat în cadrul art. 389 referitor la această obligaţie.

În general, deoarece textele sus-menţionate nu sunt bine conturate, nu se vede pentru ce ar fi necesară aplicarea concomitentă atât a art. 388, cât şi a art. 389, nu şi a art. 390 din Codul civil.

În literatura juridică se face şi o altă observaţie şi anume, că nerespectarea obligaţiilor stabilite în sarcina unuia dintre soţi cu titlu de „prestaţie compensatorie" nu se sancţionează penal, întrucât Codul penal sancţionează numai conduita neconformă legată de obligaţia legală de întreţinere, nu şi de alte obligaţii pecuniare, chiar dacă, sub aspectul naturii lor, sunt apropiate de obligaţia de întreţinere, analogia nefiind admisă în dreptul penal.

d) *Raporturile dintre părinţii divorţaţi şi copiii lor minori.* Potrivit art. 396 din Codul civil „…(1) Instanţa de tutelă hotărăşte, odată cu pronunţarea divorţului, asupra raporturilor dintre părinţii divorţaţi şi copiii lor minori, ţinând seama de interesul superior al copiilor, de concluziile raportului de anchetă psihosocială, precum şi, dacă este cazul, de învoiala părinţilor, pe care îi ascultă.

(2) Dispoziţiile art. 264 sunt aplicabile." (textul art. 264 se referă la ascultarea copilului).

În literatura juridică se face completarea că „sunt avuţi în vedere şi copiii comuni ai soţilor", indiferent că aceştia sunt fireşti, adoptaţi sau născuţi prin tehnica reproducerii asistate medical cu terţ donator.

Audierea copiilor minori este obligatorie dacă au împlinit 10 ani şi se realizează în camera de consiliu, iar, în raport de împrejurările cauzei, dacă se consideră potrivit, se va audia copilul minor fără ca părţile sau alte persoane să fie de faţă (art. 264 C. civ.). Audierea minorului sub vârsta de 10 ani nu este obligatorie, fiind lăsată la aprecierea instanţei, în funcţie de vârsta şi gradul de maturitate ale copilului (art. 264 alin. 1 şi 5 C. civ.).

La stabilirea raporturilor dintre părinţii divorţaţi şi copiii lor minori şi a modului de exercitare a autorităţii părinteşti, se va ţine seamă de interesul superior al copilului (art. 396 alin. 1 C. civ.), fiind obligatorie întocmirea raportului de anchetă psihosocială care va cuprinde menţiuni privitoare la condiţiile materiale şi de viaţă ale soţilor, modul în care aceştia se preocupă de îngrijirea copiilor şi ataşamentul copiilor faţă de părinţi (art. 229 alin. 2 lit. b din Legea nr. 71/2011).

Nu este obligatorie prezenţa efectivă a delegatului autorităţii tutelare, dar autoritatea tutelară are posibilitatea de a comunica, în scris, instanţei „opinia sa", fără ca aceasta să fie obligatorie, instanţa putând stabili interesul superior al copilului pe baza coroborării tuturor probelor administrate.

Tot aşa, instanţa de tutelă va proceda la „ascultarea părinţilor" pentru a cunoaşte poziţia acestora în legătură cu raporturile lor cu copiii, dar nu va fi obligată să ţină seama de o eventuală învoire a acestora, în această privinţă, în situaţia în care ar constata că această învoială nu ar coincide cu interesul superior al copilului minor.

Divorţul soţilor nu are influenţă asupra filiaţiei copiilor, asupra vocaţiei acestora la moştenirea părinţilor sau a vocaţiei părinţilor la moştenirea copiilor lor.

Exercitarea autorităţii părinteşti de către ambii părinţi. Potrivit art. 397 din Codul civil „După divorţ, autoritatea părintească revine (de regulă) ambilor părinţi, afară de cazul în care instanţa decide altfel”.

Prin art. 397 C. civ. este consacrată o „normă generală” potrivit căreia, în caz de divorţ, autoritatea părintească „se exercită de ambii părinţi”, aşa fiind firesc şi logic (prin art. 483 alin. 1 C. civ., autoritatea părintească este definită ca fiind „ansamblul de drepturi şi îndatoriri care privesc atât persoana cât şi bunurile copilului”).

Exercitarea autorităţii părinteşti de ambii părinţi este un drept al copilului, în principiu aceasta fiind în interesul său.

Aceasta ar fi situaţia ideală, motiv pentru care legiuitorul a instituit acest principiu (regulă generală) potrivit căruia, în caz de divorţ, autoritatea părintească se exercită de ambii părinţi. În realitate, însă, dacă raporturile dintre soţi sunt în aşa măsură de deteriorate apare necesară intervenţia instanţei de judecată care va decide dacă autoritatea părintească va fi exercitată de un singur părinte (cazul prevăzut de art. 398 din Codul civil), sau chiar de către alte persoane (cazul prevăzut de art. 399 din Codul civil).

Instanţa de judecată va decide că autoritatea părintească se va exercita de ambii părinţi atunci când va constata că această modalitate de exercitare a autorităţii părinteşti este „interesul superior al copiilor minori”. Deci, nu primează interesul părinţilor, nici chiar învoiala lor în această privinţă, dacă se va constata că această învoială nu ar coincide cu interesul copiilor minori.

Stabilirea interesului copiilor minori se fundamentează pe concluziile raportului de anchetă psihosocială precum şi pe probele

administrate în cauză, ţinându-se seamă şi de opiniile exprimate de soţi sau, eventual, de înţelegerea acestora.

Exercitarea autorităţii părinteşti de către un singur părinte. Potrivit art. 398 din Codul civil „… (1) Dacă există motive întemeiate, având în vedere interesul superior al copilului, instanţa hotărăşte ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinţi.

(2) Celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creştere şi educare a copilului, precum şi dreptul de a consimţi la adopţia acestuia."

Aşadar, exercitarea autorităţii părinteşti de către un singur părinte „se dispune de instanţa de judecată numai cu titlu de excepţie (derogatoriu de la regula generală a exercitării comune a autorităţii părinteşti" (fiind, în consecinţă, de strictă interpretare). Astfel de situaţii există, de exemplu, atunci când între părinţii copilului există o stare conflictuală care face imposibilă comunicarea normală între aceştia, când unul dintre părinţi este total dezinteresat de copilul său, de tot cea ce implică educarea, creşterea şi dezvoltarea sa, nu doreşte să ia parte direct şi constant la creşterea şi educarea copilului, suferă de o boală psihică gravă, astfel încât nu poate lua decizii în interesul minorului, nu poate comunica, nu poate rezolva conflicte sau nu cooperează. Mai pot constitui situaţii de asemenea natură comportamentul antisocial, consumul excesiv de alcool sau droguri, violenţa şi altele asemenea, În astfel de cazuri instanţa de judecată poate dispune ca exercitarea autorităţii părinteşti să se facă numai de un singur părinte.

În ceea ce priveşte situaţia părinţilor aflaţi în ţări diferite, se apreciază că atâta timp cât între aceştia nu există conflict, cât timp există

comunicare, simplul fapt al distanţei dintre părinţi nu poate constitui motiv temeinic care să justifice derogarea de la regula generală a exercitării autorităţii părinteşti de ambii părinţi. Aceasta, întrucât, în condiţiile mijloacelor moderne de comunicare deciziile importante pot fi luate, fără întârziere, de comun acord, iar părinţii acceptă separarea lor, din motive obiective, cum ar fi desăvârşirea studiilor sau obţinerea unor remuneraţii mai consistente care ar contribui la realizarea unui buget familial mai satisfăcător.

Textul art. 398 din Codul civil, coroborat cu art. 507 din Codul civil, permite identificarea şi a altor situaţii de excepţie în care autoritatea părintească poate fi exercitată de un singur părinte şi anume: dacă unul dintre părinţi este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicţie, decăzut din exerciţiul drepturilor părinteşti sau dacă, din orice motiv, se află în neputinţă de a-şi exprima voinţa. Desigur, însă, că exercitarea autorităţii părinteşti de un singur părinte nu poate fi limitată doar la cele rezultate din coroborarea art. 398 cu art. 507 din Codul civil. Dimpotrivă, este vorba de diferite „situaţii obiective" în care un părinte este împiedicat să-şi exercite autoritatea părintească. Mai mult decât atâta, sunt şi „situaţii subiective" când interesul copilului impune o asemenea măsură, art. 398 din Codul civil deschizând multiple astfel de posibilităţi. Astfel, în cazuri urgente, când un părinte nu poate obţine acordul celuilalt în luarea unei decizii importante cu privire la copilul minor, se poate adresa instanţei de tutelă (judecătoria de la locuinţa, domiciliul minorului) pentru ca aceasta să suplinească consimţământul părintelui. De asemenea, părinţii pot conveni ca exercitarea autorităţii părinteşti să revină unuia dintre ei, o astfel de înţelegere putând fi încuviinţată de instanţa de tutelă, în condiţiile prevăzute de art. 506 din Codul civil, ori de câte ori se constată că

este respectat interesul superior al copilului. Apoi, la art. 503 alin. 2 din Codul civil este instituită o „prezumţie de mandat tacit reciproc" (desigur, relativă) între părinţi în raporturile cu terţe persoane de bună-credinţă, statuându-se că „faţă de terţii de bună-credinţă, oricare dintre părinţi, care îndeplineşte singur un act curent pentru exercitarea drepturilor şi îndeplinirea îndatoririlor părinteşti, este prezumat că are consimţământul celuilalt părinte".

Se mai atrage atenţia că se impune a se face o distincţie în privinţa părintelui care nu a împlinit vârsta majoratului. Astfel, dacă minorul are un singur părinte (deoarece, de exemplu, nu a fost recunoscut de tată, ori unul dintre părinţi este mort, decăzut din drepturile părinteşti, pus sub interdicţie sau se află în imposibilitate de a-şi exprima voinţa), care la rândul său este minor, se poate deosebi între mai multe situaţii: a) părintele minor are vârsta între 14 şi 18 ani; în această situaţie el va exercita drepturile şi va îndeplini obligaţiile părinteşti numai cu privire la persoana copilului său, drepturile şi obligaţiile cu privire la bunurile copilului revenind tutorelui; b) părintele minor are vârsta de 14 ani; în această situaţie el este lipsit total de capacitate de exerciţiu, astfel că nu poate avea exerciţiul drepturilor şi îndatoririlor părinteşti nici cu privire la persoana copilului şi nici cu privire la bunurile acestuia, instituindu-se tutela.

Dacă copilul minor are doi părinţi se poate distinge între: a) situaţia în care unul dintre părinţi are vârsta cub 14 ani şi celălalt are vârsta între 14 şi 18 ani; în această situaţie părintele sub 14 ani nu poate exercita drepturile şi îndatoririle părinteşti cu privire la persoana şi bunurile copilului, fiind lipsit de capacitate de exerciţiu, iar părintele cu vârsta între 14 şi 18 ani va exercita drepturile şi va îndeplini obligaţiile părinteşti numai cu privire la

persoana copilului său, drepturile şi obligaţiile cu privire la bunurile copilului revenind tutorelui; b) ambii părinţi au vârsta sub 14 ani; în acest caz nici unul dintre ei nu va putea exercita drepturile şi îndatoririle părinteşti cu privire la persoana şi bunurile copilului, fiind necesară instituirea tutelei.

Soţul care nu exercită autoritatea părintească îşi păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creştere şi educare a copilului şi dreptul de a consimţi la adoptarea acestuia (art. 398 alin. 2 C. civ.).

Exercitarea autorităţii părinteşti de către alte persoane. Potrivit art. 399 din Codul civil „…(1) În mod excepţional, instanţa de tutelă poate hotărî plasamentul copilului la o rudă sau la o altă familie ori persoană, cu consimţământul acestora, sau într-o instituţie de ocrotire. Acestea exercită drepturile şi îndatoririle care revin părinţilor cu privire la persoana copilului.

(2) Instanţa stabileşte dacă drepturile cu privire la bunurile copilului se exercită de către părinţi în comun sau de către unul dintre ei."

Textul art. 399 din Codul civil consacră o a doua regulă derogatorie de la principiul general, aceea a exercitării autorităţii părinteşti de ambii părinţi (prima regulă derogatorie fiind aceea a exercitării autorităţii părinteşti numai de către unul dintre părinţi) şi anume, ca, în situaţii excepţionale, instanţa de tutelă să decidă plasamentul copilului la o rudă, la o familie sau persoană care nu au calitatea de rude sau la o instituţie de ocrotire.

În cazul în care se adoptă o atare măsură, persoana (fizică sau juridică) căreia i s-a încredinţat minorul în plasament exercită „numai drepturile şi îndatoririle cu privire la persoana minorului" (art. 399 alin. 1 C. civ.).

În privinţa bunurilor copilului, drepturile se exercită fie de ambii părinţi, fie de unul dintre ei, modul de exercitare fiind stabilit de instanţă odată cu instituirea plasamentului (art. 399 alin. 2 C. civ.). Trebuie, însă, făcută menţiunea că minorul s-ar putea afla în situaţii juridice care ar putea impune luarea unor măsuri în ceea ce priveşte administrarea bunurilor sale, inclusiv măsurile alternative prevăzute de Legea nr. 272/2004 (care instituie măsuri alternative de protecţie), cererea formulată în acest sens trebuind să îndeplinească condiţiile prevăzute de art. 178, art. 180 şi următoarele din Codul civil (textele respective se referă la instituirea curatelei).

În jurisprudenţă există soluţionate astfel de situaţii juridice, din care vom cita doar două, cu titlu exemplificativ. Astfel, într-o speţă, tatăl minorului a decedat, iar mama sa locuieşte în Italia unde s-a şi recăsătorit, minorul locuind la bunica maternă (alături de un frate al său), bunica deţinând în proprietate o casă de locuit mobilată şi utilată şi beneficiind de o pensie pentru limită de vârstă. Ea se preocupă să asigure minorului toate condiţiile pecuniare, materiale şi morale necesare pentru o creştere şi educare corespunzătoare vârstei. În această cauză, instanţa de judecată a apreciat că minorul este îndreptăţit să beneficieze de una dintre măsurile de protecţie alternativă prevăzută de Legea nr. 272/2004, iar cererea formulată de bunică pentru instituirea curatelei îndeplineşte condiţiile prevăzute de art. 178, art. 180 şi următoarele din Codul civil. În consecinţă, instanţa a dispus luarea măsurii respective pentru minor, desemnându-se curatorul în persoana bunicii materne, persoană capabilă să apere interesele minorului. Deci, s-a stabilit mandatul acestui curator de a efectua demersurile necesare la Casa Judeţeană de Pensii pentru depunerea dosarului în vederea obţinerii de către minor a pensiei de urmaş.

Într-o altă speţă, mama minorului era decedată iar filiaţia faţă de tată nu a fost stabilită. În această situaţie unchiul matern şi soţia acestuia au făcut cerere pentru instituirea tutelei.

În cauza respectivă, instanţa a considerat că luarea unei atare măsuri (de instituire a tutelei) este îndreptăţită, unchiul matern şi soţia acestuia fiind persoane care prezintă toate garanţiile materiale şi morale pentru a creşte şi educa minorul, iar interesul minorului fiind evident, date fiind şi relaţiile de prietenie şi afecţiune între minor şi cei doi soţi. În consecinţă, s-a dispus ca exercitarea drepturilor şi îndeplinirea obligaţiilor părinteşti să fie realizate de tutore (care va administra şi bunurile minorului şi-l va reprezenta în actele civile, însă numai până la împlinirea vârstei de 14 ani, când minorul îşi va exercita singur drepturile şi obligaţiile, însă numai cu încuviinţarea prealabilă a tutorelui, spre a-l apăra de eventualele abuzuri ale terţilor).

Locuinţa copilului după divorţ. Potrivit art. 400 din Codul civil „…(1) În lipsa înţelegerii dintre părinţi sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului, instanţa de tutelă stabileşte, odată cu pronunţarea divorţului, locuinţa copilului minor la părintele cu care locuieşte în mod statornic.

(2) Dacă până la divorţ copilul a locuit cu ambii părinţi, instanţa îi stabileşte locuinţa la unul dintre ei, ţinând seama de interesul său superior.

(3) În mod excepţional, şi numai dacă este în interesul superior al copilului, instanţa poate stabili locuinţa acestuia la bunici sau la alte rude ori persoane, cu consimţământul acestora, ori la o instituţie de ocrotire. Acestea exercită supravegherea copilului şi îndeplinesc toate actele obişnuite privind sănătatea, educaţia şi învăţătura sa.”

Aşadar, odată cu divorţul, ca regulă generală, locuinţa minorului se stabileşte de comun acord de către părinţi.

În cazul în care părinţii nu se înţeleg sau dacă instanţa sesizată cu judecarea cererii de divorţ constată că înţelegerea contravine interesului superior al copilului minor, va decide ca locuinţa copilului să fie la părintele cu care minorul locuieşte în mod statornic, iar dacă copilul a locuit cu ambii părinţi, instanţa va decide la care dintre părinţi va locui minorul, ţinând seama de interesul superior al copilului (art. 400 alin. 1 şi 2 C. civ..

Deci, regula generală este aceea că trebuie în orice situaţie juridică să se ţină seama de interesul superior al copilului. În funcţie de respectarea acestui interes instanţa va decide ca minorul să aibă locuinţa la părintele cu care locuieşte în mod statornic, la unul dintre părinţi şi, după caz, locuinţa minorului poate fi stabilită la bunici, alte rude ori terţe persoane, precum şi la o instituţie de ocrotire, stabilirea locuinţei la rude sau terţe persoane fiind condiţionată de acordul acestora (art. 400 alin. 3 C. civ.), aceasta fiind, însă, o măsură de excepţie care va dispărea când, din diferite motive, locuinţa poate fi stabilită la unul dintre părinţi. De altfel, chiar dacă minorul are locuinţa la aceste persoane, drepturile cu privire la bunurile copilului se exercită de părinţi.

Drepturile părintelui separat de copil. Potrivit art. 401 din Codul civil „…(1) În cazurile prevăzute la art. 400, părintele sau, după caz, părinţii separaţi de copilul lor au dreptul de a avea legături personale cu acesta.

(2) În caz de neînţelegere între părinţi, instanţa de tutelă decide cu privire la modalităţile de exercitare a acestui drept. Ascultarea copilului este obligatorie, art. 264 fiind aplicabil.” (textul se referă la modalitatea de ascultare a copilului).

Deci, când instanţa de tutelă a stabilit locuinţa copilului la unul dintre părinţi, se recunoaşte, în mod concomitent, şi un „drept de vizită” pentru părintele separat, drept care, însă, trebuie exercitat „astfel încât să nu aibă o influenţă negativă asupra creşterii copilului”.

În vederea stabilirii modalităţilor şi programului de vizită, este necesară întocmirea raportului de anchetă psihosocială, în cadrul acestei proceduri fiind obligatorie şi ascultarea copilului, dacă acesta a împlinit 10 ani (art. 401 alin. 2 C. civ.).

De asemenea, în conformitate cu art. 398 alin. 2 C. civ., se recunoaşte părintelui care nu exercită autoritatea părintească „dreptul de a păstra legături personale cu copilul minor”, precum şi „dreptul de a veghea la creşterea, educarea, învăţătura şi pregătirea sa profesională” (bineînţeles, fără a se transforma aceste drepturi în abuzuri şi şicane între foştii soţi).

Relaţiile personale se realizează nu numai prin vizitarea copilului la domiciliul său, ci şi prin găzduirea minorului pe o perioadă determinată, prin transmiterea de informaţii copilului cu privire la părintele său ori prin transmiterea, către părintele căruia i s-a încredinţat copilul, de informaţii referitoare la copil, inclusiv fotografii recente sau evaluări medicale. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în acest sens, referindu-se la posibilitatea părintelui şi a copilului de a se bucura reciproc de compania celuilalt, ceea ce reprezintă un element fundamental al vieţii de familie (fie ea şi destrămată), iar măsurile prin care ar fi stânjenită această posibilitate vor constitui o ingerinţă în dreptul protejat de art. 8 din Convenţia europeană. S-a mai stabilit că procedurile legate de exercitarea autorităţii părinteşti necesită urgenţă, deoarece trecerea timpului poate avea consecinţe

ireparabile asupra relaţiilor dintre copii şi părintele care nu locuieşte cu ei.

Stabilirea contribuţiei părinţilor. Potrivit art. 402 din Codul civil „…(1) Instanţa de tutelă, prin hotărârea de divorţ, stabileşte contribuţia fiecărui părinte la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătire profesională a copiilor.

(2) Dispoziţiile titlului V privind obligaţia de întreţinere se aplică în mod corespunzător." (Titlul V din Codul civil se referă la „administrarea bunurilor altuia").

Odată cu pronunţarea divorţului şi stabilirea autorităţii părinteşti, instanţa de tutelă stabileşte şi „contribuţia fiecărui părinte la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătire profesională a copilului". Aceasta este o „obligaţie solidară" a părinţilor (obligaţia solidară este o modalitate în temeiul căreia aceasta rămâne nedivizată, în sensul în care fiecare dintre debitorii solidari poate fi urmărit pentru întreaga obligaţie). Deci, atât tatăl, cât şi mama trebuie, împreună, să dea întreţinere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum şi educaţia, învăţătura şi pregătirea sa profesională. Dacă în exercitarea acestei obligaţii solidare sunt asumate creanţe, creditorul sau creditorii vor putea urmări, pentru tot, doar pe unul dintre părinţi (de regulă acela care este solvabil).

Întreţinerea datorată de părinte se stabileşte astfel: până la 1/4 din venitul lunar net, în cazul în care nu există decât un singur copil; până la 1/3 din venitul lunar net, în cazul în care există 2 copii; până la 1/2 din venitul lunar net, în cazul în care există 3 sau mai mulţi copii. Cuantumul întreţinerii datorate copiilor, împreună cu întreţinerea datorată altor persoane, potrivit legii, nu poate depăşi jumătate din venitul lunar net al celui obligat (art. 529 şi art. 530 C. civ.).

Stabilirea cuantumului obligaţiei de întreţinere sub forma „cotei procentuale" prezintă avantajul că evită introducerea repetată a unor acţiuni pentru majorarea sau reducerea cuantumului anterior stabilit, după cum cresc sau scad veniturile debitorului întreţinerii, eliminându-se sau reducându-se substanţial procesul inflaţionist, deoarece procentul stabilit se aplică tuturor creşterilor salariale realizate prin indexări. Trebuie subliniat, totuşi, că, potrivit art. 529 din Codul civil, la stabilirea obligaţiei de întreţinere se ţine seama de „posibilitatea de plată a persoanei obligate şi în acelaşi timp şi de nevoia celui care primeşte plata. Aprecierea echilibrului între aceste două elemente presupune, aşadar, o operaţiune de evaluare concretă pe care va trebui să o realizeze instanţa, ea neputând fi înlocuită printr-o reglare automată, ca rezultat al aplicării procentului stabilit prin lege. Pot apărea şi alte probleme în cazul diminuării veniturilor părintelui obligat la plată, când fără intervenţia instanţei, aplicându-se procentul stabilit, s-ar produce o diminuare a pensiei datorate minorului, încălcându-se astfel principiul potrivit căruia pensia de întreţinere, stabilită într-o sumă fixă, se indexează de drept, trimestrial, în funcţie de rata inflaţiei. De asemenea, lăsarea operaţiunii de stabilire a sumei concrete pe seama terţului poprit (angajatorul de la care părintele obligat primeşte venituri) poate conduce la situaţii neconvenabile pentru minor, în ipoteza în care terţul ar aprecia că anumite venituri nu trebuie luate în calcul.

Obligaţia de întreţinere, aşa cum rezultă din prevederile art. 530 alin. 1 C. civ., se dispune de principiu în natură, atunci când din probatoriul administrat nu rezultă că debitorul refuză executarea benevolă a întreţinerii în modalitatea stabilită. Se subliniază că părintele la care locuieşte copilul, în orice caz, îşi execută obligaţia de întreţinere care îi incumbă în natură. Problema

se pune în legătură cu modalitatea de executare a întreţinerii de către celălalt părinte, la care nu se află copilul. Se consideră că faţă de dispoziţiile generale cuprinse la art. 530 alin 1 şi 2 C. civ. „ambii părinţi execută obligaţia în natură şi numai în caz de refuz al acestei modalităţi de executare ori când nu se dovedeşte că părintele obligat la prestarea în natură a întreţinerii nu asigură minorului cele necesare traiului, nu contribuie la cheltuielile de educare, învăţătură, pregătire profesională ci, dimpotrivă, achiziţionează pentru minor lucruri care nu-i sunt necesare traiului ori de care minorul s-ar putea lipsi, întreţinerea se va presta sub forma plăţii unei sume de bani. Se apreciază că „executarea în natură a obligaţiei de întreţinere este avantajoasă pentru copil, întrucât el va fi beneficiarul întregii sume stabilite în sarcina debitorului cu titlu de întreţinere, evitându-se astfel ca suma stabilită în beneficiul copilului să nu fie alocată în întregime nevoilor acestuia, ci parţial să fie folosită de părintele la care se află copilul în alte scopuri decât cel pentru care s-a instituit obligaţia. În situaţia în care întreţinerea care, evident. se va stabili la o anumită sumă de bani, se va executa în natură, copilul va beneficia, în limitele sumei alocate, de cele necesare traiului (hrană, îmbrăcăminte, încălţăminte, medicamente, tratament etc.), de plata cheltuielilor ocazionate cu educaţia, învăţătura, pregătirea sa profesională. Deci, întreţinerea, ca obligaţie concretă, se va stabili totdeauna în limita unei anumite sume de bani, însă „executarea acesteia, ca modalitate de îndeplinire a obligaţiei, trebuie să aibă loc în natură sau prin plata unei sume de bani” (însă nu ca o modalitate alternativă, ci ca o modalitate principală şi una subsidiară, aceasta din urmă devenind incidentă ori de câte ori obligaţia principală nu poate fi îndeplinită). Se mai adaugă, încă, că nu este exclus „sistemul mixt” de

executare a obligaţiei de întreţinere (în natură şi în bani).

În ceea ce ne priveşte, apreciem că în practică se vor întâlni modalităţi excesive, abuzive sau aberante, atât din partea soţului căruia i s-a încredinţat minorul în vederea creşterii şi educării, cât şi din partea soţului separat de copil, în sensul că s-ar face cheltuieli nesăbuite sau, dimpotrivă, s-ar face cheltuieli disproporţionate în raport cu nevoile reale ale copilului, adică gestionări neraţionale a sumelor de bani reprezentând contribuţia foştilor soţi la cheltuielile de creştere, educare, învăţătură şi pregătire profesională. Iar, soţul separat de copil, îşi păstrează dreptul de a veghea la creşterea, educarea, învăţătura şi pregătirea profesională având, aşadar, implicit, şi dreptul de a supraveghea modul în care soţul căruia i s-a încredinţat copilul, gestionează sumele de bani cu această destinaţie. De aceea ne exprimăm părerea că prevederile art. 93 din fostul Cod al familiei, referitoare la obligaţia de întreţinere erau mai potrivite, mai adaptate pentru a se aplica în cazuri de felul celor sus-menţionate. Reamintim că prin acest text se prevedea că obligaţia de întreţinere se execută în natură sau prin plata unei pensii în bani, instanţa de judecată stabilind felul şi modalităţile executării, ţinând seama de împrejurări (ceea ce înseamnă că vechea reglementare era instituită ca o modalitate alternativă de executare a obligaţiei de întreţinere, lăsată la aprecierea instanţei, în funcţie de circumstanţele cauzei care pot fi foarte variate). Este adevărat, însă, că şi în actuala reglementare există posibilitatea, instituită prin art. 403 din Codul civil, a modificării măsurilor luate cu privire la copil, inclusiv obligaţia de întreţinere, în cazul schimbării împrejurărilor.

La calculul întreţinerii se ţine seama de veniturile cu caracter permanent ale celui obligat,

nu şi de cele cu caracter sporadic (cum sunt, de exemplu, veniturile acordate pentru ore suplimentare, indemnizaţiile de deplasare sau transferare, diurnele şi alte asemenea; în ceea ce priveşte bonurile de masă, deşi practica judiciară este neunitară, se consideră că bonurile de masă constituie venit lunar cu caracter permanent şi, ca atare, trebuie avute în vedere la calculul cuantumului obligaţiei de întreţinere, tot aşa şi „salariile compensatorii" acordate angajaţilor disponibilizaţi, acestea reprezentând echivalentul mai multor salarii plătite în avans).

Pentru a putea fi obligat la plata întreţinerii, părintele debitor trebuie să aibă mijloace de existenţă şi să nu existe o altă persoană obligată la întreţinere înaintea sa, potrivit ordinii stabilite de lege (cazul adoptatorului).

În ceea ce priveşte expresia „a avea mijloace de existenţă", aceasta înseamnă a realiza venituri şi a avea bunuri care pot fi valorificate pentru realizarea de venituri (de exemplu, terenuri agricole date în arendă sau imobile închiriate ş.a.). cu alte cuvinte, părintele obligat la plata întreţinerii trebuie să aibă mijloace de existenţă sau posibilitatea de a dobândi aceste mijloace, dovada existenţei acestor mijloace putându-se face cu orice mijloc de probă. Sunt avute n vedere „totalitatea mijloacelor patrimoniale ale debitorului, nu exclusiv veniturile sale din muncă".

Această soluţie se impune întrucât, chiar dacă nu ar presta o muncă, deci nu ar realiza venituri din muncă, sunt persoane care beneficiază de venituri din alte surse cum ar fi: chirii, dividende, exploatarea unor drepturi de proprietate intelectuală sau industrială, venituri din arendarea terenurilor agricole, ori aceste persoane n-ar fi logic, nici echitabil, să nu poată fi obligate la plata obligaţiilor de întreţinere.

Cel care nu are venituri, dar este apt de muncă, în principiu nu poate, nici el, să fie scutit de prestarea întreţinerii, deoarece orice persoană aptă de muncă este şi capabilă să realizeze venituri. Însă în condiţiile actuale, când se face dovada că s-au depus toate diligenţele pentru găsirea unui loc de muncă aducător de venituri, dar nu s-a reuşit reîncadrarea în muncă, se apreciază, de la caz la caz, asemenea situaţii în vederea scutirii de la obligaţia de întreţinere. Mai sunt considerate cauze exoneratoare de plată a întreţinerii: boala, satisfacerea serviciului militar, cazul părinţilor care urmează cursuri de zi ale unei facultăţi, executarea unei pedepse privative de libertate etc.

Dacă minorul are un venit propriu care însă nu este îndestulător, părinţii au obligaţia să-i asigure cele necesare pentru creşterea, educarea şi pregătirea sa profesională.

Data de la care se acordă întreţinerea este „data cererii de chemare în judecată", iar majorarea sau micşorarea cuantumului obligaţiei de întreţinere operează tot de la data introducerii cererii (de majorare sau de reducere a pensiei de întreţinere). Întreţinerea poate fi acordată şi pentru o perioadă anterioară, dacă introducerea cererii de chemare în judecată a fost întârziată din culpa debitorului (art. 532 C. civ.).

Modificarea măsurilor luate cu privire la copil. Potrivit art. 403 din Codul civil „În cazul schimbării împrejurărilor, instanţa de tutelă poate modifica măsurile cu privire la drepturile şi îndatoririle părinţilor divorţaţi faţă de copiii lor minori, la cererea oricăruia dintre părinţi sau a unui alt membru de familie, a copilului, a instituţiei de ocrotire, a instituţiei publice specializate pentru protecţia copilului sau a procurorului".

Editura Digitala este o platforma online de publicare carti digitale.

Intra si tu pe www.edigitala.ro si publica-ti cartea.

Website: www.edigitala.ro

Email: office@edigitala.ro

Table of Contents

Prefaţă	6
Capitolul I: Viaţa în societate pe înţelesul şi în folosul tuturor	12
Capitolul II: Noţiunea de „Stat” pe înţelesul tuturor	23
Capitolul III: Organizarea autorităţilor publice. Funcţionarea şi funcţiile acestora	39
Capitolul IV: Dreptul şi statul de drept	67
Capitolul V: Dreptul şi politica	75
Capitolul VI: Dreptul şi economia	83
Capitolul VII: Dreptul la libertate şi siguranţă	95
Ca pitolul VIII: Drepturile şi libertăţile fundamentale ale omului	151
Capitolul IX: Dreptul la viaţă şi la integritatea fizică şi psihică	186
Capitolul X: Dreptul la viaţa intimă, familială şi privată	221
Capitolul XI: Drepturile vieţii familiale. Logodna şi Căsătoria	255